ACADEMIA IURIS

LEHRBÜCHER DER RECHTSWISSENSCHAFT

Christoph Becker

Insolvenzrecht

3. Auflage

Carl Heymanns Verlag

Becker | Insolvenzrecht

UB Augsburg

08800005973384

Universitätsbibliothek Augsburg

31/PG 570 B395(3)+9

Insolvenzrecht

von
Dr. Christoph Becker
Professor an der Universität Augsburg

3., neu bearbeitete Auflage

Carl Heymanns Verlag 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-452-27141-9

6 - 0014669

www.wolterskluwer.de
www.heymanns.com

Alle Rechte vorbehalten.
© 2010 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln
Carl Heymanns – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Fürstenfeldbruck
Satz: John + John, Köln
Druck und Weiterverarbeitung: Wilhelm & Adam OHG, Heusenstamm

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier

Vorwort

Die lebhafte Entwicklung des Insolvenzrechts in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft bewegte den Verfasser, sein Lehrbuch zum Insolvenzrecht nunmehr in die dritte Auflage zu führen. Aus konfligierenden Zielen – die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit reduziertem Stammkapital zu ermöglichen und zugleich Mißbräuche der Haftungsabschirmung zu beheben – entstand eines der üblich gewordenen Gesetze, die das Wort »Modernisierung« in ihrer Bezeichnung führen (BGBl. I 2008, 2026). Der Insolvenzordnung trug das Änderungen unter anderem bei Befugnis und Pflicht zum Eröffnungsantrag, beim Nachrang von Gesellschafterdarlehen und im Anfechtungsrecht ein. Der Verwirklichung harren noch die rechtspolitischen Überlegungen zu einem Entschuldungsverfahren für natürliche Personen ohne Insolvenzverfahren. Hingegen wird der Leser bereits Neuerungen im Bereich der Bankgeschäfte gemäß dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (BGBl. I 2009, 2355) vorfinden.

Bei Materialsammlung, Erfassung meiner Änderungen und Einfügen in die Satzdatei unterstützten mich Rechtsreferendar *Norbert Renftle*, cand. iur. *Daniel Engel*, cand. iur. *Paul Fischer*, stud. iur. *Sonja Lorff*, stud. iur. *Olga Petrow*, stud. iur. *Constantin Zieher* und stud. iur. *Christian Zott* sowie *Tanja Voit*.

Augsburg, im Dezember 2009 *Christoph Becker*

Vorwort zur zweiten Auflage

Seit Erscheinen der ersten Auflage des Lehrbuches sind über zwei Jahre vergangen. In dieser Zeit blieb die lebhafte Entwicklung des Insolvenzrechts nicht stehen. Dem versucht diese zweite Auflage Rechnung zu tragen. Während sie sich im Druck befindet, sind weitere Änderungen des Insolvenzrechts bereits abzusehen. Auch sie noch einbeziehen zu wollen hätte jedoch die Überarbeitung ungebührlich verzögert. Daher sollen die Vorhaben des Bundesgesetzgebers an dieser Stelle nur angekündigt werden:

Erstens beschäftigt sich der Gesetzgeber mit einer Änderung des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Selbstredend soll es sich bei dem komplexen Vorhaben um sogenannte Modernisierung und Deregulierung handeln. Gleichzeitig soll Mißbrauch bekämpft werden (Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140 vom 25. Juli 2007). Insolvenzrechtlich sticht heraus, daß die Regeln über Kapitalersatz (§§ 32a und 32b GmbHG) in die Insolvenzordnung verlagert werden sollen (Änderung von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO; Einfügen von § 44a InsO; Neufassen von § 135 InsO). Dies steht in Zusammenhang mit einer Absenkung der Vorschriften über die Mindestkapitalausstattung. Deshalb ist in den geplanten neuen Vorschriften in der Insolvenzordnung über Nachrang und Anfechtbarkeit von Gesellschafterforderungen nicht mehr von Kapitalersatz die Rede, sondern schlicht von Geschäften der Gesellschafter mit ihrer Gesellschaft. Unschwer wird man sich ausmalen können, daß gleichwohl nicht schlechthin jedes Geschäft des Gesellschafters mit »seiner« Gesellschaft mit beschränkter Haftung insolvenzrechtlich durch Nachrang und Anfechtbarkeit zurückgesetzt sein kann. Vielmehr werden die bisherigen Überlegungen zum Kapitalersatz weiterhin in Fallgruppen zum Vorschein kommen, welche Rechtsprechung und Literatur ausarbeiten werden.

Zweitens soll Entschuldung natürlicher Personen ohne Insolvenzverfahren ermöglicht werden. Bisher führt der Weg zur Restschuldbefreiung (§§ 1 Satz 2, 286 ff. InsO) zwingend durch das Insolvenzverfahren (Regel- oder Kleinverfahren). Je schlimmer es um die finanzielle Lage des Schuldners steht, desto geringer ist indessen seine Aussicht auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, weil § 26 InsO die Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse vorsieht. Dem kann der Schuldner freilich durch Beschaffung eines Kostenvorschusses (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO) oder durch Stundung der Kosten (§§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 2, 4a bis 4d InsO) begegnen. Die Alternative Stundung soll künftig entfallen. Statt dessen wird die Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO auch nach Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse möglich sein (Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, NZI 2007, Beilage zu Heft 10).

Bei der Feststellung von Gesetzesänderungen, bei der Recherche von Entscheidungen und Schrifttum, beim Korrekturlesen und bei der Aufbereitung meines Textes für den Satz halfen mir Assessoren *Peter Kreutz* und *Markus Scholz*, Rechtsreferendare *Nicola Münzberg* und *Theo Rezbach* sowie *Tanja Voit* und die Studenten *Daniel Engel*, *Paul Fischer*, *Alena Heinrichs*, *Sonja Lorff*, *Norbert Renftle*, *Claudius Roggenkamp*. Ohne ihre Unterstützung hätte diese Auflage nicht erscheinen können.

Augsburg, im November 2007 *Christoph Becker*

Vorwort zur ersten Auflage

Das Lehrbuch ist den Lernenden gewidmet. Sein Anliegen ist, in denjenigen Neugierde zu wecken und Verständnis zu schaffen, die dem Insolvenzwesen auf der Hochschule, im Vorbereitungsdienst oder im Beruf erstmals begegnen. Außerdem soll es auch denjenigen noch durch Herstellen von Verbindungen Nutzen stiften, die bereits öfter Berührung mit dem Insolvenzrecht hatten. Sowohl Grundsätzliches oder Übergreifendes als auch Abläufe sollen sichtbar werden. Diese erscheinen im Besonderen Teil, jenes in einem breiten Allgemeinen Teil. Manche Punkte kehren in den verschiedenen Zusammenhängen mehrfach wieder. Anderes wird der erfahrenere Leser vielleicht vermissen oder zu schwach ausgebaut finden. Eine Überschau erleichtert, daß die etwas tiefer ins Einzelne gehenden Passagen sich durch kleineren Druck vom Haupttext abheben.

Da die Insolvenzordnung sich mittlerweile im siebten Jahr ihrer Geltung befindet, erschien es mir angebracht, die aus Sorge um Verwechslung mit den Verfahren nach der Konkursordnung allenthalben geübte Scheu vor dem prägnanten Begriff »Konkurs« abzulegen. Die Zahl der noch nach der Konkursordnung eröffneten und noch nicht abgeschlossenen Verfahren ist inzwischen beinahe zu vernachlässigen. Ich halte den Begriff »Konkurs« in seiner Bildhaftigkeit (das Zusammenlaufen der Gläubiger) und zugleich das Prozedurale kennzeichnende für aussagekräftiger als den (außerdem etwas umständlichen) Begriff »Insolvenzverfahren«. Daher erscheint er in diesem Lehrbuch des öfteren als Synonym für »Insolvenzverfahren«. Die Alltagssprache hat sich ohnehin nie vom »Konkurs« getrennt. Ungenau ist die im allgemeinen Sprachgebrauch, aber auch unter Juristen eingerissene verkürzende Ersetzung von »Insolvenzverfahren« durch »Insolvenz«, womit doch nur ein Zustand benannt werden kann. Wo in diesem Lehrbuch ausnahmsweise mit »Konkurs« das Verfahren nach der Konkursordnung im Unterschied zum Verfahren nach der Insolvenzordnung gemeint ist, ergibt sich dies aus dem Zusammenhang.

Die sich verzögernde Reform des Verbraucherinsolvenzverfahrens habe ich noch nicht berücksichtigt. Den Referentenentwurf findet man in ZInsO 2004, 1016 ff. Dazu haben sich unter anderem *Grote/Pape* (ZInsO 2004, 993 ff.), *Frind* (ZInsO 2004, 1064 ff.), *Stephan* (ZVI 2004, 505 ff.) und *Wiedemann* (ZVI 2004, 645 ff.) geäußert.

Für ihre Hilfen bei Recherchen, Probelektüre und Bewältigung der Korrekturabzüge danke ich Assessoren *Philipp Gold*, Dr. *Christian Strasser* und *Markus Wirth* sowie Rechtsreferendaren *Elisabeth Brennauer*, *Katrin Hornung* und *Peter Kreutz*. Frau *Waltraud Schneider* brachte gewohnt zuverlässig meine Dateien zur Satzreife und erfaßte, teils unterstützt von den studentischen Hilfskräften *Alena Heinrichs*, *Norbert Renftle* und *Claudius Roggenkamp*, mit Geduld die Angaben für die Register.

Augsburg, im Juni 2005 *Christoph Becker*

Inhaltsübersicht

Vorwort V

Vorwort zur zweiten Auflage VI

Vorwort zur ersten Auflage VII

Inhaltsverzeichnis XI

Abkürzungsverzeichnis XXVII

Literaturverzeichnis XXXV

A. Allgemeiner Teil 1

§ 1 Gegenstand und Abgrenzung des Insolvenzrechts 1
§ 2 Allgemeine und besondere Regeln des Insolvenzverfahrensrechts .. 35
§ 3 Innerstaatliche und grenzüberschreitende Wirkungen von Insolvenzverfahren 39
§ 4 Ziele, Arten und Abläufe des Insolvenzverfahrens 49
§ 5 Instrumente zur Bewältigung von Insolvenz 58
§ 6 Grundsätze des Insolvenzverfahrens 65
§ 7 Am Insolvenzverfahren Beteiligte und Organe mit ihren Aufgaben 82
§ 8 Betroffenes Vermögen: Insolvenzmasse 116
§ 9 Anstoß für das Insolvenzverfahren 125
§ 10 Gerichtliche Zuständigkeiten 135
§ 11 Berührung mit dem Insolvenzgericht, Kenntnis von seinen Maßnahmen und Teilnahme am Verfahren 142
§ 12 Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Insolvenzverfahren 153
§ 13 Kosten, Kostendeckung, Stundung 159

B. Besonderer Teil (Abläufe) 165

1. Abschnitt. Entwicklung bis zur Entscheidung über einen Eröffnungsantrag ... 165

§ 14 Vorfeld eines Insolvenzverfahrens 165
§ 15 Eröffnungsverfahren nach Antrag 195
§ 16 Kostenschätzung und Kostenvorschuß. Stundung der Kosten. Nichteröffnung mangels Masse 213
§ 17 Annahme oder Nichtannahme eines Schuldenbereinigungsplanes im Kleinverfahren bei ruhendem Eröffnungsverfahren nach Eigenantrag 218
§ 18 Abschluß des Eröffnungsverfahrens mit Eröffnungsbeschluß 224
§ 19 Umfeld des anlaufenden Insolvenzverfahrens 232

2. Abschnitt. Durchführung des Insolvenzverfahrens in Liquidation nach dem Gesetz 242

§ 20 Zu liquidierende Masse und Fortexistenz des Schuldners mit beschlagfreiem Vermögen 242

§ 21 Vermögenserfassung und Vermögensbewirtschaftung, Verzeichnisse und Bericht ... 249
§ 22 Massebereinigung durch Aussondern massefremden Gutes ... 270
§ 23 Zurückholen abgeflossenen Vermögens ... 284
§ 24 Ausdehnung der Masse durch Inanspruchnahme Dritter, die allen Gläubigern haften ... 299
§ 25 Schwebende Geschäfte ... 306
§ 26 Aufrechnung ... 330
§ 27 Bedienung von Schulden ohne besonderes Prüfungsverfahren ... 338
§ 28 Anmeldung der Insolvenzforderungen ... 348
§ 29 Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderungen zur Tabelle ... 356
§ 30 Erlöserzielung aus Verwertung ... 367
§ 31 Erlösauskehr ... 396
§ 32 Ende des gesetzlich liquidierenden Insolvenzverfahrens ... 405
§ 33 Die Zeit nach dem Insolvenzverfahren ... 412

3. Abschnitt. Durchführung des Insolvenzverfahrens in Abweichung von Liquidation nach dem Gesetz: Insolvenzplanverfahren ... 429
§ 34 Insolvenzplan ... 429

Vorschriftenregister ... 447

Entscheidungsregister ... 469

Sachregister ... 477

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Vorwort zur zweiten Auflage VI

Vorwort zur ersten Auflage VII

Inhaltsübersicht IX

Abkürzungsverzeichnis XXVII

Literaturverzeichnis XXXV

A. Allgemeiner Teil 1

§ 1 Gegenstand und Abgrenzung des Insolvenzrechts 1

I. Recht und Rechtsdurchsetzung 1

1. Recht als Regelwerk mit staatlich gewährter Durchsetzungskraft 1

2. Ausschluß von Selbsthilfe 2

3. Gewaltmonopol des Staates 3

4. Justizgewährpflicht 4

II. Gläubigerwettlauf und Zugriff in der Vollstreckung 7

1. Vorbeugen und Wahrnehmung der Rechtsschutzgarantie 7

2. Rechtsschutz und Umfang des Schuldnervermögens 8

III. Verteilungsordnungen 9

1. Gleichordnung oder Priorität 9

2. Priorität in der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen 10

3. Priorität und Gleichordnung in der Immobiliarvollstreckung 10

4. Erschließung des gesamten Schuldnervermögens für die Einzelvollstreckung 11

5. Gleichbehandlung im Rahmen von Haftungshöchstbeträgen 11

6. Gleichmäßige Befriedigung aus Sondermassen 11

7. Gleichordnung im Insolvenzverfahren 13

IV. Entwicklung des Insolvenzrechts 13

1. Antike 14

2. Mittelalter 15

3. Neuzeit 16

4. Moderne 18

a) Reichsjustizgesetze 18

b) Konkursrecht im geteilten Deutschland 19

c) Insolvenzordnung 21

V. Insolvenzrecht im engeren und im weiteren Sinne 24

1. Einteilung des Insolvenzrechts 24

2. Insolvenzverfahrensrecht 24

VI. Quellen des Insolvenzrechts im engeren Sinne 25
1. Internationales Recht 26
2. Europäisches Recht 26
3. Bundesrecht 27
4. Landesrecht 29
5. Vorbereitungen in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Insolvenzrecht« 31
VII. Literatur des Insolvenzrechts im engeren Sinne 31
1. Lehrbücher 31
2. Kommentare 32
3. Handbücher und Formularsammlungen 32
4. Zeitschriften 33
VIII. Tatsachenmaterial (insbesondere Insolvenzstatistik) 34

§ 2 Allgemeine und besondere Regeln des Insolvenzverfahrensrechts 35
I. Beschreibung eines Allgemeinen Teils 35
II. Grundfragen als Gehalte eines Allgemeinen Teils 36

§ 3 Innerstaatliche und grenzüberschreitende Wirkungen von Insolvenzverfahren 39
I. Nationales und Internationales Insolvenzrecht 39
1. Inlands- und Auslandswirkungen eines Insolvenzverfahrens 39
2. Verfahrensherrschaft des nationalen Rechts 40
3. Herkunft und Anknüpfungspunkte des Internationalen Insolvenzrechts 40
II. Europäisches Insolvenzrecht 42
1. Regelung durch Verordnung (EuInsVO) 42
2. Umsetzung 43
3. Verbindung mit dem nationalen Verfahrensrecht 43
4. Regelungsgehalte 43
III. Sonstiges Internationales Insolvenzrecht 44
IV. Reichweite eines Insolvenzverfahrens bei Grenzüberschreitung: Universalverfahren oder Territorialverfahren? 46
1. Grenzüberschreitendes Verfahren 46
2. Territorialverfahren 47

§ 4 Ziele, Arten und Abläufe des Insolvenzverfahrens 49
I. Ziele des Insolvenzverfahrens (Liquidation oder Sanierung oder Verbindung von beidem sowie Neubeginn) 49
1. Im Gesetz ausgedrückte Ziele 49
2. Nicht im Gesetz ausgedrückte Ziele 51
3. Vollständiger Massebeschlag 52
II. Varianten des Insolvenzverfahrens 52
1. Regelverfahren 53
2. Kleinverfahren 54
3. Sonderverfahren 55
III. Abschnitte des Insolvenzverfahrens 55
1. Eröffnungsverfahren und eröffnetes Verfahren 55
2. Restschuldbefreiungsverfahren 55

3. Stärkere Gliederung des Kleinverfahrens 56
4. Begleitverfahren zu Regelinsolvenz- und Kleinverfahren 56
IV. Verbindung und Trennung mehrerer Verfahren 56

§ 5 Instrumente zur Bewältigung von Insolvenz 58
I. Liquidation nach Gesetz und Restschuldbefreiung 58
II. Konkursverhindernde oder nur konkursverschleppende privatautonome Schuldenregulierung 59
1. Unterschiedliche Regelungsdichte 59
2. Schuldenbereinigungsversuch vor einem Regelverfahren 59
3. Mißtrauen der Gläubiger 61
4. Vertrauenswürdige Moderation 61
5. Kosten des Bereinigungsversuches 61
III. Insolvenzplan mit vom Gesetz abweichender Liquidation oder teilweise gesetzeskonformer Liquidation oder Sanierung 62
1. Sanierung 62
2. Liquidation 63
3. Liquidation und Sanierung 63
IV. Außergerichtliche Verständigung zwecks Einstellung schon begonnenen Verfahrens 63
V. Betriebsänderung mit Arbeitnehmerinteressenausgleich und Sozialplan 63

§ 6 Grundsätze des Insolvenzverfahrens 65
I. Dispositionsmaxime (Verfügungsgrundsatz) 65
II. Amtsbetrieb 66
III. Gläubigerherrschaft und Schuldnerherrschaft 67
IV. Einvernehmliche Schuldenregulierung nach Wahl 67
V. Einheitlichkeit des Verfahrens 68
1. Zusammenfassung der Verfahrensalternativen 68
2. Zusammenfassung der Gläubiger 68
3. Zusammenfassung des Vermögens 69
VI. Gleichbehandlung der Gläubiger und Exklusivität der Gesamtvollstreckung 69
1. Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger 70
2. Grenzen der Gleichbehandlung 70
3. Gleichheitsgrundrecht und Gleichheitsübermaß 71
4. Grenzüberschreitender Ausgleich 72
VII. Geldabwicklung 72
VIII. Beschleunigung 73
IX. Inquisitionsmaxime (Amtsermittlungsgrundsatz) 74
X. Rücknahme von Mündlichkeit 75
XI. Ausbau und Rücknahme von Öffentlichkeit 76
XII. Gesetzlicher Richter 77
XIII. Unmittelbarkeit 77
XIV. Rechtliches Gehör 77
XV. Redlichkeit: Fürsorge, Fairneß, Waffengleichheit 78
XVI. Ausrichtung an den Regeln des Zivilprozesses 79
XVII. Herrschaft der Verfahrensziele 79

XVIII. Insolvenzverfahren als streitige oder als freiwillige Gerichtsbarkeit? ... 80

§ 7 Am Insolvenzverfahren Beteiligte und Organe mit ihren Aufgaben ... 82
I. Beteiligte und Organe ... 84
II. Beteiligte ... 84
1. Beteiligte im engen Sinne ... 85
2. Beteiligte im weiten Sinne ... 87
a) Schuldner und Insolvenzgläubiger ... 87
b) Absonderungsberechtigte ... 87
c) Aussonderungsberechtigte ... 89
d) Massegläubiger ... 89
e) Neugläubiger ... 90
f) Drittschuldner ... 91
g) Erwerber ... 91
h) Anfechtungsgegner ... 92
i) Prozeßgegner ... 92
j) Sonstige Betroffene ... 92
3. Beteiligtenfähigkeit (Insolvenzverfahrensteilnahmefähigkeit) ... 92
a) Schuldner (sogenannte Insolvenzfähigkeit) ... 93
aa) Natürliche Person ... 93
bb) Juristische Person ... 93
cc) Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit ... 94
dd) Ausländische Gesellschaften ... 95
ee) Sonstige Einheiten ... 95
b) Insolvenzgläubiger und andere Beteiligte ... 96
4. Verfahrenshandlungsfähigkeit ... 97
5. Postulationsfähigkeit ... 97
III. Organe ... 97
1. Insolvenzgericht ... 97
2. Insolvenzverwalter, Eigenverwalter, Sachwalter, Treuhänder, vorläufiger Verwalter ... 98
a) Varianten der Verwaltung ... 98
b) Bestellung des Verwalters ... 99
c) Aufsicht ... 102
d) Austausch des Verwalters ... 102
e) Rechenschaft ... 102
3. Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuß ... 102
4. Schuldnerberater ... 104
5. Rechtsanwälte ... 104
6. Vergütung und Auslagenersatz für Organe und Organmitglieder ... 104
7. Haftung von Organen und Organmitgliedern ... 105
a) Fehlentscheidung des Gerichts ... 106
b) Haftung des Verwalters ... 106
c) Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses ... 107
d) Gebündelte Inanspruchnahme ... 108
IV. Aufgabenverteilung zwischen Beteiligten und Organen ... 108

1. Befugnisse und Aufgaben des Schuldners: ... 108
2. Befugnisse und Aufgaben von Gläubigern je für sich (es betrifft nicht alles einen jeden Gläubiger): ... 109
3. Befugnisse und Aufgaben des Insolvenzgerichts (teils beim Richter, teils beim Rechtspfleger): ... 109
4. Befugnisse und Aufgaben des Verwalters: ... 111
a) Insolvenzverwalter ... 111
b) Eigenverwalter ... 112
c) Sachwalter ... 113
d) Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren ... 113
e) Treuhänder in der Kleininsolvenz ... 113
f) Vorläufiger Insolvenzverwalter ... 113
5. Befugnisse und Aufgaben der Gläubigerversammlung ... 114
6. Befugnisse und Aufgaben des Gläubigerausschusses ... 114

§ 8 Betroffenes Vermögen: Insolvenzmasse ... 116
I. Der Befriedigung dienende Vermögenswerte ... 116
II. Grenzen des Zugriffs ... 119
1. Räumlich ... 119
2. Zeitlich ... 120
3. Gegenüber dem Vermögen Dritter ... 120
4. Innerhalb des Schuldnervermögens ... 121
III. Freigabe ... 124

§ 9 Anstoß für das Insolvenzverfahren ... 125
I. Eröffnungsgründe: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung ... 125
1. Zahlungsunfähigkeit ... 126
2. Drohende Zahlungsunfähigkeit ... 128
3. Überschuldung ... 129
II. Befugter Eröffnungsantrag ... 130
1. Antragsbefugte ... 130
2. Gläubigerantrag ... 131
3. Befugnis von Schuldnerorganen zum Eigenantrag ... 132
4. Pflicht von Schuldnerorganen zum Eigenantrag ... 132

§ 10 Gerichtliche Zuständigkeiten ... 135
I. Internationale Zuständigkeit ... 135
1. Unumgängliche Prüfung ... 135
2. Zuständigkeit nach Reichweite des Insolvenzbeschlages gemäß EuInsVO ... 136
a) Hauptverfahren ... 136
b) Territorialverfahren ... 137
3. Zuständigkeit außerhalb der EuInsVO ... 138
II. Sachliche Zuständigkeit ... 139
III. Örtliche Zuständigkeit ... 139
IV. Zuständigkeit innerhalb des Gerichts ... 140

§ 11 Berührung mit dem Insolvenzgericht, Kenntnis von seinen Maßnahmen und Teilnahme am Verfahren ... 142
I. Eingaben an das Insolvenzgericht ... 142

1. Schriftliche Eingaben 142
2. Eingaben zu Protokoll der Geschäftsstelle 142
3. Eingaben an unzuständige Gerichte 143
II. Kundgabe an Beteiligte; Öffentlichkeit in Zustellungen, Bekanntmachungen und Registereinträgen; Mitteilungen 143
1. Zustellung oder einfache Mitteilung 143
2. Bekanntmachungen 145
3. Registereinträge 146
4. Niederlegung beim Insolvenzgericht zur Einsicht 147
5. Schuldnerverzeichnis 147
6. Mitteilungen an Institutionen 147
7. Insolvenzstatistik 148
III. Anhörung 148
IV. Fristen und Termine und ihre Versäumung 149
V. Nichtteilnahme eines Gläubigers 151

§ 12 Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Insolvenzverfahren 153
I. Beschlüsse 153
II. Rechtskraft 153
III. Rechtsbehelfe 154
1. Sofortige Beschwerde und Rechtsbeschwerde 155
2. Rechtspflegererinnerung 157
3. Sonstige Behelfe 157
4. Fehlertoleranz 158

§ 13 Kosten, Kostendeckung, Stundung 159
I. Verfahrenskosten 159
1. Gerichtskosten, Vergütungen, Auslagen 159
2. Teilnahmekosten 160
3. Kosten der Masseerfassung und der Masseabwicklung 161
II. Kein Verfahren ohne Kostendeckung 161
1. Nichteröffnung oder Einstellung bei Massearmut, Versagung der Restschuldbefreiung 161
2. Mittelbeschaffung 162
3. Stundung 163

B. Besonderer Teil (Abläufe) 165

1. Abschnitt. Entwicklung bis zur Entscheidung über einen Eröffnungsantrag ... 165

§ 14 Vorfeld eines Insolvenzverfahrens 165
I. Vorbeugen gegen Insolvenz und Abwenden drohenden Verfahrens 165
1. Vorbeugen 165
a) Kreditsicherung 165
b) Gesetzliche Vermehrung der Schuldnerstellung 167
c) Unternehmensform 167
d) Aufzeichnungspflichten 168
2. Abwenden eines Insolvenzverfahrens mit Haftungs- und Anfechtungsrisiken 168

a) Abwendungsbemühungen ... 168
b) Maßnahmen der Abwendung ... 169
c) Sittenwidrigkeit ... 170
d) Anfechtbarkeit ... 171
II. Sichanbahnen des Insolvenzverfahrens ... 172
1. Krise des Schuldners ... 174
2. Kontobewegungen in letzter Minute ... 175
3. Zwangsvollstreckung in letzter Minute ... 178
a) Vorschau auf künftige Stellung als Insolvenzgläubiger ... 178
b) Rückschlagsperre ... 178
c) Anfechtung ... 179
d) Zwangsvollstreckung im Ausland ... 180
4. Sonstige Leistungen und Vermögensabflüsse ... 181
a) Anfechtbarkeit im Sinne der Insolvenzordnung ... 181
b) Gläubigerschädliche Rechtshandlungen vor Eröffnung ... 181
c) Anfechtungsfälle ... 183
aa) Rechtshandlungen ... 183
bb) Zeitpunkt ... 184
cc) Nachteil für die Insolvenzgläubiger ... 184
dd) Konkursreife ... 185
ee) Kenntnis ... 185
ff) Konkurrenz der Anfechtungstatbestände ... 186
gg) Nahestehende Personen ... 186
hh) Kongruente Deckung ... 186
ii) Inkongruente Deckung ... 188
jj) Unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte ... 190
kk) Unentgeltliche Leistungen ... 190
ll) Vorsätzliche Benachteiligung ... 191
mm) Gesellschaftergeschäfte (ehemals: kapitalersetzende Rechtshandlungen) ... 191
nn) Anfechtung gegen Nachfolger ... 192
d) Unanfechtbares Bargeschäft ... 192
e) Grenzüberschreitende Anfechtung ... 194

§ 15 Eröffnungsverfahren nach Antrag ... 195
I. Antragstellung ... 195
1. Antragsherkunft und Antragsziel ... 195
2. Mehrere Anträge ... 195
3. Form ... 196
4. Frist ... 196
5. Inhalt ... 196
6. Rechtsschutzbedürfnis ... 198
7. Rücknehmbarkeit ... 199
II. Amtsermittlung ... 199
III. Vorläufige Maßnahmen zur Massesicherung ... 200
1. Überbrückung der Zeit zwischen Eröffnungsantrag und Entscheidung ... 201
2. Maßnahmen zur Sicherung der etwaigen Masse ... 202

a) Vorläufiger Verwalter mit oder ohne Eingriff in die Verfügungsgewalt des Schuldners ... 203
aa) Zentrale Bedeutung ... 203
bb) »Starker« vorläufiger Verwalter ... 203
cc) Verfahrensunterbrechung ... 204
dd) Zustimmungsvorbehalt ... 204
ee) Absolutes Verfügungsverbot ... 204
ff) Ausnahmsweise wirksamer Erwerb aus dem Schuldnervermögen ... 205
gg) Freigabe ... 205
hh) »Schwacher« vorläufiger Verwalter ... 205
ii) Unbenommene Anfechtung nach Eröffnung ... 206
jj) Vorläufiger Verwalter vor Eigenverwaltung ... 206
kk) Wechsel im Schuldnerorgan ... 206
ll) Keine Verwertung vor Eröffnung ... 206
mm) Keine Anfechtung vor Eröffnung ... 207
b) Beschränkung von Zwangsvollstreckung, Sicherheitenverwertung und Herausgabe ... 207
c) Postsperre und Haft ... 208
d) Nicht im Gesetz aufgezählte Maßnahmen ... 208
3. Rechtliches Gehör, Rechtsschutz und Aufhebung ... 209
4. Publizität vorläufiger Maßnahmen ... 210
IV. Anhäufung von Masseschulden während des Eröffnungsverfahrens ... 210

§ 16 Kostenschätzung und Kostenvorschuß. Stundung der Kosten. Nichteröffnung mangels Masse. ... 213
I. Prognose nicht mit allen Masseschulden? ... 213
II. Problem der Wertansätze und Hilfestellung eines vorläufigen Verwalters ... 214
III. Vorschuß ... 215
IV. Stundung ... 215
V. Ablehnung des Eröffnungsantrages mangels Masse ... 216

§ 17 Annahme oder Nichtannahme eines Schuldenbereinigungsplanes im Kleinverfahren bei ruhendem Eröffnungsverfahren nach Eigenantrag ... 218
I. Erhöhte Schwelle vor Eröffnung eines Kleinverfahrens ... 218
1. Vorrang einvernehmlicher Schuldenbereinigung ... 218
2. Standardisierter Eigenantrag ... 219
3. Schuldnerberatung ... 219
4. Entlastung der Gerichte? ... 219
5. Fremdantrag ... 219
II. »Null-Plan« oder »Fast-Null-Plan« ... 220
III. Ruhendes Eröffnungsverfahren ... 221
IV. Gerichtliche Lenkung des Einigungsversuchs ... 221
V. Zustandegekommener Schuldenbereinigungsplan ... 222

§ 18 Abschluß des Eröffnungsverfahrens mit Eröffnungsbeschluß ... 224
I. Eröffnung ... 224

1. Eröffnungsbeschluß nach zulässigem und begründetem Antrag ... 224
2. Ende der Disposition des Antragstellers ... 225
3. Rechtsbehelf gegen den Eröffnungsbeschluß ... 225
II. Verwaltereinsetzung ... 226
III. Terminbestimmung, Aufforderung an die Gläubiger, weitere Inhalte ... 227
1. Ansetzen von Gläubigerversammlungen ... 227
2. Auffordern der Gläubiger ... 228
3. Leistungsverbot an Drittschuldner ... 228
4. Weitere Bestimmungen ... 229
IV. Publikation ... 229

§ 19 Umfeld des anlaufenden Insolvenzverfahrens ... 232
I. Einleitung von Strafverfahren und Prüfung von Abgabenpflichten ... 232
II. Hemmung der Verjährung und Unterbrechung schwebender Prozesse ... 233
1. Hemmung der Verjährung ... 233
2. Unterbrechung von Verfahren mit Massebezug ... 234
III. Verlust der Eignung für Ämter und Berufe? ... 236
IV. Mitgliedschaft in Gesellschaften oder Gemeinschaften ... 237
1. Insolvenz der Gesellschaft ... 237
2. Insolvenz des Mitgliedes ... 238
a) Gesellschaften ... 238
b) Gemeinschaften ... 239
V. Nutzung von Bürgschaften, Sachsicherheiten und Gesellschafterhaftung ... 239
1. Personalsicherheiten ... 239
2. Sachsicherheiten ... 240
3. Persönliche Haftung von Gesellschaftern ... 241

2. Abschnitt. Durchführung des Insolvenzverfahrens in Liquidation nach dem Gesetz ... 242

§ 20 Zu liquidierende Masse und Fortexistenz des Schuldners mit beschlagfreiem Vermögen ... 242
I. Verhaftetes Vermögen (Masse) und beschlagfreies Vermögen ... 242
1. Standardisierter Massebeschlag ... 242
2. Masseschulden als Spiegelbild ... 242
3. Absonderungsgut als Massebestandteil ... 243
4. Beschlagfreiheit von Unpfändbarem ... 243
5. Beschlagfreiheit von Aussonderungsgut ... 244
6. Rückfluß aus Anfechtung ... 244
7. Freigabe ... 244
II. Neuerwerb des Schuldners ... 244
III. Unterhalt für den Schuldner und seine Familie ... 245
IV. Durchsetzung der Unterhaltpflicht des Schuldners gegenüber seinen Angehörigen ... 247
1. Zwangsvollstreckung trotz Insolvenzverfahrens ... 247

2. Teilnahme am Insolvenzverfahren? ... 248

§ 21 Vermögenserfassung und Vermögensbewirtschaftung, Verzeichnisse und Bericht ... 249
I. Verfügungsgewalt des Insolvenzverwalters ... 250
II. Übernahme der Masse ... 252
III. Bewirtschaftung der Masse ... 253
1. Treuhänderische Vermögenspflege ... 253
2. Sorge um Vermögenserhalt ... 254
3. Verhinderung von Vollstreckungszugriffen ... 255
4. Freigabe ... 256
5. Beispiele für Maßnahmen zur Masseverwaltung ... 256
a) Laufende Geschäfte ... 256
b) Pflege von Rechtspositionen ... 257
c) Nutzung von Handlungsbefugnissen ... 258
6. Unterbinden von Vermögensabflüssen ... 260
a) Vorgänge vor der Eröffnung ... 260
b) Vorgänge nach Eröffnung ... 261
aa) Verfügungen des Schuldners ... 261
bb) Erwerb ohne Verfügung des Schuldners ... 262
cc) Leistung an den Schuldner ... 263
c) Verhinderung des Massebeschlages? ... 264
7. Verwertung zurückgestellt ... 264
IV. Dokumentation und Berichterstattung ... 265
1. Bis zum Berichtstermin ... 265
a) Masseverzeichnis ... 265
b) Gläubigerverzeichnis ... 266
c) Vermögensübersicht ... 266
d) Bericht im Berichtstermin ... 266
2. Nach dem Berichtstermin ... 267
a) Tabelle für den Prüfungstermin ... 267
b) Verteilungsverzeichnis ... 268
c) Schlußrechnung für den Schlußtermin ... 268
d) Aufstellungen und Berichte bei Übergang ins Insolvenzplanverfahren ... 268
3. Fortlaufende Aufgaben ... 268
a) Aufzeichnungen nach Handelsrecht und nach Steuerrecht ... 268
b) Unterrichtung von Insolvenzgericht, Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung ... 269
c) Grenzüberschreitender Informationsaustausch ... 269

§ 22 Massebereinigung durch Aussondern massefremden Gutes ... 270
I. Massefremdheit ... 270
1. Ausschluß vom Zweck gemeinschaftlicher Gläubigerbefriedigung ... 270
2. Entwicklung der Soll-Masse ... 271
II. Aussonderung und Aussonderungsanspruch ... 271
1. Spontane Ausgliederung aus der Masse ... 271
a) Trennung von den Abläufen des Insolvenzverfahrens ... 271

b) Zuordnung des Gegenstandes ... 272
c) Sorgfaltspflicht des Verwalters ... 273
2. Sofort oder nach Zeitablauf ... 274
3. Angeforderte und erzwungene Ausgliederung ... 275
a) Anspruch erheben ... 275
b) Herausgabe oder Unterlassung ... 275
c) Leistungsklage oder Feststellungsklage gegen den Verwalter ... 276
III. Beispiele ... 277
1. Eigentum ... 277
2. Forderungsinhaberschaft ... 279
3. Besitz und Kaution ... 281
IV. Verhindern der Aussonderung ... 281
V. Ersatzaussonderung ... 281
1. Verlust vor Eröffnung ... 281
2. Verlust nach Eröffnung ... 282
3. Insolvenzforderung oder Ersatzaussonderung ... 282

§ 23 Zurückholen abgeflossenen Vermögens ... 284
I. Masseanreicherung mit verschiedenen Mitteln ... 284
1. Ausbau der Ist-Masse ... 284
2. Wege der Masseanreicherung ... 285
3. Masseanreicherung zur Überwindung von Massearmut ... 286
4. Grenzüberschreitende Masseanreicherung ... 286
5. Handlungsdruck ... 287
II. Abläufe der Anfechtung ... 287
1. Völlige Rückgewähr ... 287
a) Wiedereingliederung in die Masse ... 287
b) Rückgewähranspruch ... 288
c) Haftung des Rückgewährpflichtigen ... 289
d) Pflicht eines anfechtenden Gläubigers ... 289
e) Verjährung ... 289
2. Klage ... 290
3. Einwand ... 291
4. Entschädigung eines Insolvenzgläubigers im Kleinverfahren für seine Einsatzbereitschaft ... 291
5. Bekräftigtes schwebendes Geschäft ... 292
6. Erstattung eines Zuflusses an den Anfechtungsgegner ... 294
a) Keine Überbegünstigung der Masse ... 294
b) Aufleben eines Anspruchs ... 294
c) Erstattung einer Gegenleistung ... 295
aa) Erstattung auch bei Anfechtung nur der Leistung? ... 295
bb) Erstattung nach Rücktritt oder Kündigung wegen Anfechtung? ... 296
cc) Wiederaufleben der Forderung oder Erstattung ... 296
dd) Feststellung von Gegenseitigkeit ... 296
ee) Unterscheidbarkeit des Leistungsobjektes oder Bereicherung ... 296
d) Folgenabschätzung ... 298

§ 24 Ausdehnung der Masse durch Inanspruchnahme Dritter, die allen Gläubigern haften ... 299
I. Masseanreicherung mit abweichender Zielsetzung ... 299
II. Bündelung von Empfangszuständigkeit und Klagebefugnis beim Insolvenzverwalter ... 301
III. Gesellschafterhaftung in der Insolvenz der Gesellschaft ... 303
IV. Schadensersatzhaftung, insbesondere von Organen ... 304
V. Persönliche Haftung der Eheleute in der Gütergemeinschaft ... 305

§ 25 Schwebende Geschäfte ... 306
I. Nicht ganz erfüllte Geschäfte ... 307
II. Wahlrecht des Verwalters bei gegenseitigen Geschäften ... 310
1. Grundsatz ... 310
a) Wahl zwischen Fortsetzung und Abbruch ... 310
b) Einfache Geschäfte und Dauerschuldverhältnisse ... 310
c) Beschneidungen der Wahlfreiheit ... 310
d) Besondere Zuständigkeiten ... 311
e) Folgenabschätzung ... 311
f) Teilbare Leistungen ... 311
g) Sicherheiten ... 312
h) Entscheidung ... 313
2. Wiederherstellung der Durchsetzbarkeit bei Erfüllungswahl ... 313
3. Nichterfüllung ... 314
a) Ausweichen auf eine Insolvenzforderung ... 314
b) Rückgewähranspruch als Insolvenzforderung? ... 316
c) Keine generelle Weiterentwicklung von Geschäften ... 316
d) Aussonderung? ... 317
e) Rückfluß zur Masse ... 317
f) Aufrechnung ... 318
4. Einzelne Fälle ... 318
a) Rückgewährschuldverhältnisse ... 318
b) Unbare Zahlung ... 318
c) Mangelhafte Leistung ... 319
d) Darlehen ... 319
e) Geschäfte eines vorläufigen Verwalters ... 320
III. Entscheidung des Gesetzgebers mit oder ohne Änderungsmöglichkeit für den Verwalter ... 320
1. Abbruch ... 320
a) Fixkäufe ... 320
b) Aufträge ... 321
c) Vollmachten ... 322
d) Vorauszessionen ... 323
e) Versicherungen ... 324
f) Vorkaufsrechte ... 324
g) Sicherheiten ... 324
2. Fortsetzung ohne besonderes Lösungsrecht ... 325
a) Immobiliengeschäfte ... 325
b) Anwartschaftsrecht aus Lieferung unter Eigentumsvorbehalt ... 325

c) Andere Anwartschaftsrechte ... 325
d) Miete, Pacht, Leasing, Dienst, Darlehen ... 326
e) Sonstige Geschäfte ... 327
f) Sicherheiten ... 327
3. Fortsetzung mit besonderem Lösungsrecht ... 327
a) Schuldner als Immobilienmieter oder -pächter ... 327
b) Schuldner als Arbeitgeber ... 329

§ 26 Aufrechnung ... 330
I. Problemlage ... 330
II. Aufrechnung mit anderer als Insolvenzforderung ... 331
III. Aufrechnung mit Insolvenzforderung ... 333
1. Absonderungsähnliche Aufrechnung trotz Insolvenzverfahrens ... 333
2. Ausschluß der Aufrechnung ... 335
3. Aufrechnung gegen beschlagfreie Forderung ... 337

§ 27 Bedienung von Schulden ohne besonderes Prüfungsverfahren ... 338
I. Sichtung der Schulden ... 338
II. Fortlaufende Bedienung von Nicht-Insolvenzforderungen ohne Bündelung und ohne Abwandlung ... 339
1. Keine gemeinschaftliche Befriedigung ... 339
a) Aus- oder Absonderungsberechtigte ... 339
b) Massegläubiger ... 339
c) Neugläubiger ... 342
2. Unaufgeforderte Befriedigung ... 343
3. Befriedigung in Natur und zur rechten Zeit ... 343
a) Aussonderung und Absonderung ... 343
b) Masseverbindlichkeiten ... 345
c) Neuschulden ... 346
4. Erzwingen der Befriedigung ... 346
a) Aussonderungsberechtigte ... 346
b) Absonderungsberechtigte ... 346
c) Massegläubiger ... 346
d) Neugläubiger ... 347
5. Restschuldbefreiung ... 347

§ 28 Anmeldung der Insolvenzforderungen ... 348
I. Bemerken von Insolvenzforderungen ... 348
1. Anmeldeerfordernis trotz Kenntnis des Verwalters ... 348
2. Anmeldung als Ausdruck der Dispositionsgewalt ... 348
3. Anmeldeerfordernis ohne Ausnahme ... 349
II. Anmeldung zur Tabelle ... 350
1. Anmeldung beim Verwalter ... 350
2. Beschreibung der Forderung ... 350
3. Rangkennzeichnung ... 351
4. Offenlegen eines Absonderungsrechts ... 352
5. Hilfe bei der Anmeldung ... 353
6. Hemmung der Verjährung ... 354
7. Anmeldung aus dem Ausland ... 354

III. Tabelle 354

§ 29 Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderungen zur Tabelle 356
I. Prüfung der angemeldeten Insolvenzforderungen 356
II. Prüfungstermin 357
III. Feststellung als Ziel 358
IV. Feststellung im Termin 358
1. Kein anhaltender Widerspruch (außer von Schuldnerseite) ... 358
2. Eintrag der Feststellung in die Tabelle 359
3. Rechtskraft 360
V. Keine Feststellung im Termin 360
VI. Feststellung außerhalb des Insolvenzverfahrens 361
1. Verlagerung ins gewöhnliche Verfahren 361
2. Aufbau auf bereits früher erreichtem Sachstand 362
3. Initiative 362
4. Beteiligte und Klärungsbegehren 364
5. Gegenstand der externen Klärung 365
6. Zeit 365
7. Rücktrag des Ergebnisses ins Verfahren 365
8. Kosten 366

§ 30 Erlöserzielung aus Verwertung 367
I. Allgemeines zur Verwertung von unbelastetem Gut und Gut mit Absonderungsrechten 368
II. Verwertung des nicht mit Befriedigungsrechten belasteten Vermögens 372
1. Art der Verwertung 372
2. Wahl von Verwertungsweise und Verwertungszeitpunkt 373
3. Belastungen der Gegenstände ohne Absonderungsmöglichkeit 373
4. Pflichtverletzung im Verwertungsgeschäft 374
5. Verwertung von Gegenständen mit Persönlichkeitsbezug 375
III. Verwertung von Absonderungsgut 375
1. Valutierende Befriedigungsrechte an Masseobjekten 375
2. Zuständigkeit des Verwalters und Abweichungen davon 377
a) Grundsätzliche Verwalterzuständigkeit 377
b) Zuständigkeitsspaltung im Regelverfahren 377
c) Gläubigerzuständigkeit im Kleinverfahren 382
d) Kompetenzüberschreitung 383
e) Grenzüberschreitende Verwertung 384
3. Mit Absonderungsrechten behaftete Immobilien 385
4. Mit Absonderungsrechten behaftete Mobilien 386
5. Ausgleich für Aufschub der Verwertung 389
6. Feststellungs- und Verwertungskosten 391
a) Immobilien 392
b) Mobilien 392
c) Bemessung von Sicherheit 395

§ 31 Erlösauskehr 396
I. Quellen des auszukehrenden Erlöses 396

II. Befriedigungsrangfolge ... 396
III. Ablauf der Bedienung von Insolvenzforderungen ... 398
1. Erledigung der Forderungsprüfung ... 398
2. Zustimmung von Gläubigerausschuß oder Gericht ... 399
3. Verteilungsverzeichnis ... 399
4. Berücksichtigung im Verteilungsverzeichnis ... 400
5. Schlußverteilung ... 402
6. Nachtragsverteilung ... 403
IV. Grenzüberschreitende Insolvenz ... 404

§ 32 Ende des gesetzlich liquidierenden Insolvenzverfahrens ... 405
I. Verfahrensbeendigung durch Beschluß des Insolvenzgerichts ... 405
II. Aufhebung nach völliger Abwicklung ... 406
III. Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit nach Liquidation ... 406
IV. Einstellung ohne notwendige Liquidation ... 408
1. Einstellung mangels Masse ... 408
2. Einstellung auf allseitiges Einverständnis ... 409
3. Einstellung mangels Insolvenz ... 410
4. Einstellung wegen Todes des Schuldners ... 411

§ 33 Die Zeit nach dem Insolvenzverfahren ... 412
I. Gestundete Kosten ... 412
II. Verteilung weiteren Vermögens ... 413
III. Nachforderung, vor allem der Insolvenzgläubiger ... 414
1. Fortbestand der unerledigten Forderungen ... 414
2. Fortexistenz des Schuldners ... 414
3. Wiederhergestellte Durchsetzbarkeit der Insolvenzforderung ... 415
4. Gerichtliche Verfolgung ... 416
5. Zwangsvollstreckung ... 417
6. Erneutes Insolvenzverfahren ... 418
IV. Wohlverhalten und Restschuldbefreiung ... 418
1. Antrag auf Restschuldbefreiung ... 419
2. Abtretungserklärung ... 420
3. Ankündigung oder sofortige Versagung ... 422
4. Wohlverhalten ... 423
5. Bedienung der Insolvenzgläubiger ... 424
6. Versagung vor oder bei Ende der Laufzeit ... 426
7. Restschuldbefreiung ... 426
V. Zugriff auf Mithaftende ... 428
VI. Zugriff auf den Verwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses ... 428

3. Abschnitt. Durchführung des Insolvenzverfahrens in Abweichung von Liquidation nach dem Gesetz: Insolvenzplanverfahren ... 429

§ 34 Insolvenzplan ... 429
I. Vom gesetzlichen Verfahren abweichende Zerschlagung oder Sanierung ... 430
II. Planinitiative und Planentwicklung ... 432
III. Inhaltliche Anforderungen ... 434

1. Zweiteilung ... 434
2. Darstellender Teil ... 434
3. Gestaltender Teil ... 434
4. Gestaltungsfreiheit ... 435
a) Absonderungsrechte ... 435
b) Insolvenzforderungen ... 436
c) Willenserklärungen zur Verfügung über Gegenstände ... 437
d) Weitere Verzeichnisse und Erklärungen ... 438
e) Bedingungen für die Bestätigung ... 439
f) Fortgesetzte Prozeßstandschaft ... 439
g) Überwachung der Planerfüllung ... 439
h) Neue Kredite ... 440
i) Wiederaufleben des ursprünglichen Forderungsbestandes ... 440
IV. Vorabprüfung durch das Gericht ... 440
V. Zurückweisung des Planes oder Planfeststellung in der Gläubigerversammlung ... 441
VI. Gerichtliche Bestätigung und Schicksal des Insolvenzverfahrens ... 442
VII. Gestaltende Wirkungen und Planerfüllung ... 443
1. Wirksamwerden ... 443
2. Planerfüllung ohne oder mit Überwachung ... 444
3. Zwangsvollstreckung aus dem Plan mit Tabellenauszug ... 445
VIII. Zugriff auf Mithaftende ... 445
IX. Inanspruchnahme des Verwalters oder der Mitglieder des Gläubigerausschusses ... 445
X. Neues Insolvenzverfahren ... 446

Vorschriftenregister ... 447

Entscheidungsregister ... 469

Sachregister ... 477

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (zitiert nach Jahr, Nummer und Seite)
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union (zitiert nach Jahr, Nummer und Seite)
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht
AGGVG Bay	[Bayerisches] Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (AGGVG), vom 23. Juni 1981, GVBl. 1981, 188, zuletzt geändert am 10. Dezember 2007, GVBl. 2007, 866
AGInsO Hess	Hessisches Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung (AGInsO), vom 18. Mai 1998, GVBl. I 1998, 191, berichtigt 278, zuletzt geändert am 18. Juni 2009, GVBl. I 2009, 171
AGInsO SchlH	[Schleswig-Holsteinsches] Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (AGInsO), vom 11. Dezember 1998, GVOBl. 1998, 370, zuletzt geändert am 12. Oktober 2005, GVOBl. 2005, 487
AGSG Bay	[Bayerisches] Gesetz zur Ausführung der Sozialgesetze (AGSG), vom 8. Dezember 2006, GVBl. 2006, 942, zuletzt geändert am 22. Juli 2008, GVBl. 2008, 479
AktG	Aktiengesetz, vom 6. September 1965, BGBl. I 1965, 1089, zuletzt geändert am 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2509
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz – AnfG), vom 5. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 2911, zuletzt geändert am 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung (AO 1977), vom 16. März 1976, BGBl. I 1976, 613, berichtigt BGBl. I 1977, 269, in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002, BGBl. I 2002, 3866, berichtigt BGBl. I 2003, 61, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2474
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz, vom 3. September 1953, BGBl. I 1953, 1267, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979, BGBl. I 1979, 853, berichtigt BGBl. I 1979, 1036, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2449
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayJMBl.	Bayerisches Justizministerialblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater. Zeitschrift für Recht und Wirtschaft, Heidelberg (zitiert nach Jahr und Seite)
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung – Betriebsrentengesetz, vom 19. Dezember 1974, BGBl. I 1974, 3610, zuletzt geändert am 21. Dezember 2008, BGBl. I 2008, 2940
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz, vom 15. Januar 1972, BGBl. I 1972, 13, in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001, BGBl. I 2001, 2518, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2424
BFH	Bundesfinanzhof

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), vom 18. August 1896, RGBl. 1896, 195, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl. I 2002, 42, berichtigt BGBl. I 2002, 2909 und BGBl. I 2003, 738, zuletzt geändert am 11. August 2009, BGBl. I 2009, 2713
BGBl.	Bundesgesetzblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
BGBl. I	Bundesgesetzblatt, Teil I (zitiert nach Jahr und Seite)
BGBl. II	Bundesgesetzblatt, Teil II (zitiert nach Jahr und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
BNotO	Bundesnotarordnung (BNotO), vom 24. Februar 1961, BGBl. I 1961, 98, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2449
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte, vom 29. November 1996, BRAK-Mitteilungen 1996, 241, in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. März 1999, BRAK-Mitteilungen 1999, 122, zuletzt geändert am 14. November 2008, BRAK-Mitteilungen 2009, 64 und 120
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung, vom 1. August 1959, BGBl. I 1959, 565, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2449
BStBl. I	Bundessteuerblatt, Teil I (zitiert nach Jahr und Seite)
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag, Drucksache (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)
BuW	Betrieb und Wirtschaft. Zeitschrift für Rechnungswesen, Steuern, Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht im Betrieb, Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen (zitiert nach Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
Co.	Kompagnon, Kompagnons
DB	Der Betrieb, Düsseldorf (zitiert nach Jahr und Seite)
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung, Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (zitiert nach Jahr und Seite)
DRiG	Deutsches Richtergesetz, vom 8. September 1961, BGBl. I 1961, 1665, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972, BGBl. I 1972, 713, zuletzt geändert am 5. Februar 2009, BGBl. I 2009, 160
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Köln/Berlin/Bonn/München (zitiert nach Jahr und Seite)
DStR	Deutsches Steuerrecht, München (zitiert nach Jahr und Seite)
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
EAEG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, vom 16. Juli 1998, BGBl. I 1998,1842, zuletzt geändert am 25. Juni 2009, BGBl. I 2009, 1528
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, vom 18. August 1896, RGBl. 1896, 604, in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994, BGBl. I 1994, 2494, berichtigt, BGBl. I 1997, 1061, zuletzt geändert am 11. August 2009, BGBl. I 2009, 2713

EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, vom 27. Januar 1877, RGBl. 1877, 77, zuletzt geändert am 17. Dezember 2008, BGBl. I 2008, 2586
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO), vom 5. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 2911, zuletzt geändert am 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, vom 25. März 1957, BGBl. II 1957, 753, berichtigt BGBl. II 1957, 1678, in der Fassung des Vertrags von Amsterdam, vom 2. Oktober 1997, BGBl. II 1998, 386, berichtigt BGBl. II 1999, 416, zuletzt geändert am 13. Dezember 2007, ABl. EG 2007, C 306/1
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung, vom 30. Januar 1877, RGBl. 1877, 244, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2449
EMRK	[Europäische] Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, vom 4. November 1950, BGBl. II 1952, 685, berichtigt BGBl. II 1952, 953, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2002, BGBl. II 2002, 1054, zuletzt geändert am 6. Juli 2009, BGBl. II 2009, 823
EStG	Einkommensteuergesetz 2002 (EStG 2002), vom 16. Oktober 1934, RGBl. I 1934, 1005, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 2002, BGBl. I 2002, 4210, berichtigt BGBl. I 2003, 179, zuletzt geändert am 10. August 2009, BGBl. I 2009, 2702
EuGZAVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001, L 12/1, berichtigt ABl. EG 2001, L 307/28, zuletzt geändert am 6. April 2009, ABl. EG 2009, L 93/13
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000, L 160/1, zuletzt geändert am 24. Juli 2008, ABl. EG 2008, L 213/1
EuZustVO	Verordnung (EG) Nr. 1397/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. EU 2007, L 324/79
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
f.	und der/die/das folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vom 17. Dezember 2008, BGBl. I 2008, 2586
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld (zitiert nach Jahr und Seite)
ff.	und die folgenden
GBl.	Gesetzblatt
GBl. DDR I	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik, Teil I (zitiert nach Jahr und Seite)
GBO	Grundbuchordnung, vom 24. März 1897, RGBl. 1897, 139, in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Mai 1994, BGBl. I 1994, 1114 zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2449
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889, RGBl. 1889, 55, in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006, BGBl. I 2006, 2230, zuletzt geändert am 25. Mai 2009, BGBl. I 2009, 1102

GesO	Gesamtvollstreckungsordnung, vom 6. Juni 1990, GBl. DDR I 1990, 285, in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Mai 1991, BGBl. I 1991, 1185, zuletzt geändert am 18. Juni 1997, BGBl. I 1997, 1430
GewO	Gewerbeordnung, vom 21. Juni 1869, BGBl. für den Norddeutschen Bund 1869, 245, in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999, BGBl. I 1999, 202, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2258
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23. Mai 1949, BGBl. 1949, 1, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2248
ggfs.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz, vom 5. Mai 2004, BGBl. I 2004, 718, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2479
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892, RGBl. 1892, 477, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, RGBl. 1898, 369, 846 zuletzt geändert am 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2509
GmbHR	GmbH-Rundschau, Köln (zitiert nach Jahr und Seite)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. I	Gesetz- und Verordnungsblatt, Teil I
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), vom 27. Januar 1877, RGBl. 1877, 41, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975, BGBl. I 1975, 1077, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2474
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA), in der Fassung der Bekanntmachung unter anderem des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, vom 6. März 1980, BayJMBl. 1980, 39, zuletzt geändert am 7. Juli 2003, BayJMBl. 2003, 110
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HGB	Handelsgesetzbuch, vom 10. Mai 1897, RGBl. 1897, 219, zuletzt geändert am 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2512
HinterlO	Hinterlegungsordnung, vom 10. März 1937, RGBl. I 1937, 285, zuletzt geändert am 23. November 2007, BGBl. I 2007, 2614
Hrsg.	Herausgeber
InsbürO	Zeitschrift für das Insolvenzbüro, Recklinghausen (zitiert nach Jahr und Seite)
InsO	Insolvenzordnung (InsO), vom 5. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 2866, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2355
InsOAG M-V	[Mecklenburg-Vorpommernsches] Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (Insolvenzordnungsausführungsgesetz – InsOAG M-V), vom 17. November 1999, GVOBl. 1999, 611, zuletzt geändert am 28. März 2002, GVOBl. 2002, 154
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), vom 19. August 1998, BGBl. I 1998, 2205, zuletzt geändert am 21. Dezember 2006, BGBl. I 2006, 3389
InVo	Insolvenz & Vollstreckung, Bonn (zitiert nach Jahr und Seite)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Bielefeld (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung, Tübingen (zitiert nach Jahr und Seite)
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung, vom 10. Februar 1877, RGBl. 1877, 351, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, RGBl. 1898, 369, 612, zuletzt geändert am 25. August 1998, BGBl. I 1998, 2489
KTS	KTS. Zeitschrift für Insolvenzrecht. Konkurs. Treuhand. Sanierung, Köln/Berlin/Bonn/München (zitiert nach Jahr und Seite)

KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG), vom 10. Juli 1961, BGBl. I 1961, 881, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I 1998, 2776, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2437
LG	Landgericht
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG), vom 16. Februar 2001, BGBl. I 2001, 266, zuletzt geändert am 6. Juli 2009, BGBl. I 2009, 1696
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Köln (zitiert nach Jahr und Seite)
MiZi	Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi), in der Fassung der Bekanntmachung unter anderem des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, vom 11. Mai 1998, BayJMBl. 1998, 64, zuletzt geändert am 14. August 2008, BayJMBl. 2008, 146
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. Chr.	nach Christi Geburt
NJ	Neue Justiz, Baden-Baden (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
Nr.	Nummer/Nummern
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, München/Frankfurt am Main/Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR Karlsruhe	OLG-Report Karlsruhe/Stuttgart, Köln (zitiert nach Jahr und Seite)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), vom 24. Mai 1968, BGBl. I 1968, 481, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987, BGBl. I 1987, 602, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2353
PflichtVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter (Pflichtversicherungsgesetz), vom 7. November 1939, RGBl. I 1939, 2223, in der Fassung vom 5. April 1965, BGBl. I 1965, 213, zuletzt geändert am 10. Dezember 2007, BGBl. I 2007, 2833
pr	principium
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG), vom 15. Dezember 1989, BGBl. I 1989, 2198, zuletzt geändert am 19. April 2006, BGBl. I 2006, 866
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz – PublG), vom 15. August 1969, BGBl I. 1969, 1189, berichtigt BGBl. I 1970, 1113, zuletzt geändert am 25. Mai 2009, BGBl. I 2009, 1102
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen (zitiert nach Band, Jahr und Seite)

RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG), vom 12. Dezember 2007, BGBl. I 2007, 2840, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2449
Rn.	Randnummer/Randnummern
RGBl.	Reichs-Gesetzblatt/Reichsgesetzblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
RGBl. I	Reichsgesetzblatt, Teil I (zitiert nach Jahr und Seite)
RPflG	Rechtspflegergesetz (RPflG), vom 5. November 1969, BGBl. I 1969, 2065, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2474
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, vom 5. Mai 2004, BGBl. I 2004, 718, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2449
S.	Seite/Seiten
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB III	Sozialgesetzbuch (SGB). Drittes Buch (III) – Arbeitsförderung –, vom 24. März 1997, BGBl. I 1997, 594, zuletzt geändert am 16. Juli 2009, BGBl. I 2009, 1959
SGB V	Sozialgesetzbuch (SGB). Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung, vom 20. Dezember 1988, BGBl. I 1988, 2477, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2495
SGB VIII	Sozialgesetzbuch (SGB). Achtes Buch (VIII) – Kinder- und Jugendhilfe –, vom 26. Juni 1990, BGBl. I 1990, 1163, in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Dezember 2006, BGBl. I 2006, 3134, zuletzt geändert am 6. Juli 2009, BGBl. I 2009, 1696
SGB XII	Sozialgesetzbuch (SGB). Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe –, vom 27. Dezember 2003, BGBl. I 2003, 3022, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2495
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich (zitiert nach Jahr und Seite)
SpkG Bay	[Bayerisches] Gesetz über die öffentlichen Sparkassen – Sparkassengesetz – SpkG –, vom 4. Mai 1942, GVBl. 1942, 139, berichtigt GVBl. 1943, 4, in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 1956, GVBl. 1956, 187, zuletzt geändert am 27. Juli 2009, GVBl. 2009, 400
SpkG NRW	Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen (Sparkassengesetz – SpkG –), vom 18. November 2008, GVBl. 2008, 696
StGB	Strafgesetzbuch (StGB), vom 15. Mai 1871, RGBl. 1871, 127, in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998, BGBl. I 1998, 3322, zuletzt geändert am 31. Juli 2009, BGBl. I 2585
StPO	Strafprozeßordnung (StPO), vom 1. Februar 1877, RGBl. 1877, 253, in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987, BGBl. I 1987, 1074, berichtigt BGBl. I 1987, 1319, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2437
StuB	Steuern und Bilanzen. Zeitschrift für das Steuerrecht und die Rechnungslegung der Unternehmen, Herne/Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
StVG	Straßenverkehrsgesetz (StVG), vom 3. Mai 1909, RGBl. 1909, 437, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003, BGBl. I 2003, 310, berichtigt BGBl. I 2003, 919, zuletzt geändert am 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2507
u.a.	und andere
UmwG	Umwandlungsgesetz (UmwG), vom 28. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 3210, berichtigt BGBl. I 1995, 428, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2479
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), vom 9. September 1965, BGBl. I 1965, 1273, zuletzt geändert am 17. Dezember 2008, BGBl. I 2008, 2586
UStG	Umsatzsteuergesetz 1999 (UStG 1999), vom 26. November 1979, BGBl. I 1979, 1953 in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Juni 1999, BGBl. I 1999, 1270, zuletzt geändert am 16. Juli 2009, BGBl. I 2009, 1959

UStR	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Umsatzsteuergesetzes (Umsatzsteuer-Richtlinien 2008 – UStR 2008 –), vom 10. Dezember 2007, BStBl. I 2007, Sondernummer 2/2007
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), vom 3. Juli 2004, BGBl. I 2004, 1414, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2413
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtgesetz – VAG), vom 12. Mai 1901, RGBl. 1901, 139, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992, BGBl. I 1993, 2, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2437
VbrInsVV	Verordnung zur Einführung von Vordrucken für das Verbraucherinsolvenzverfahren und das Restschuldbefreiungsverfahren (Verbraucherinsolvenzvordruckverordnung – VbrInsVV), vom 17. Februar 2002, BGBl. I 2002, 703
v. Chr.	vor Christi Geburt
VerglO	Vergleichsordnung, vom 26. Februar 1935, RGBl. I 1935, 321, berichtigt RGBl. I 1935, 356, zuletzt geändert am 28. Oktober 1996, BGBl. I 1996, 1546
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B, vom 12. September 2002, NJW 2002, 3682, in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2006, BAnz. 2006, 6738
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG), vom 23. November 2007, BGBl. I 2007, 2631, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2355
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), vom 21. Januar 1960, BGBl. I 1960, 17, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991, BGBl. I 1991, 686, zuletzt geändert am 21. August 2009, BGBl. I 2009, 2870
VwVG NRW	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW – VwVG NRW), vom 23. Juli 1957, GVBl. 1957, 216, in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 2003, GVBl. 2003, 156, zuletzt geändert am 9. Oktober 2007, GVBl. 2007, 379
WDR-Gesetz NRW	[Nordrhein-Westfälisches] Gesetz über den »Westdeutschen Rund funk Köln« (WDR-Gesetz), vom 19. März 1985, GVBl. 1985, 237, in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. April 1998, GVBl. 1998, 265, zuletzt geändert am 15. Februar 2005, GVBl. 2005, 102
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz), vom 15. März 1951, BGBl. I 1951, 175, berichtigt BGBl. I 1951, 209, zuletzt geändert am 7. Juli 2009, BGBl. I 2009, 1707
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZCP	Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Berlin (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, München (zitiert nach Jahr und Seite)
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)

ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht, Köln (zitiert nach Jahr und Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, Herne/Berlin (zitiert nach Jahr und Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Köln (zitiert nach Jahr und Seite)
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, Wien (zitiert nach Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung, vom 30. Januar 1877, RGBl. 1877, 83, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005, BGBl. I 2005, 3202, berichtigt BGBl. I 2006, 431 und BGBl. I 2007, 1781, zuletzt geändert am 1. September 2009, BGBl. I 2009, 2586
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, München/Frankfurt am Main (zitiert nach Jahr und Seite)
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, vom 24. März 1897, RGBl. 1897, 97, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, RGBl. 1898, 369, 713, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2258
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München (zitiert nach Band, Jahr und Seite)

Literaturverzeichnis

Nachstehendes Verzeichnis enthält nur die abgekürzt zitierte Literatur. Ansonsten ist einschlägige Literatur thematisch gebündelt im Text zusammengestellt. Werke von genereller Bedeutung sind in § 1.VII (Rn. 77 ff.) aufgeführt.

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann	*Siegfried Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann*, Zivilprozessordnung, 67. Aufl., München, 2009
Beck/Depré	*Siegfried Beck/Peter Depré*, Praxis der Insolvenz. Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, München, 2003
BerlKomm	*Jürgen Blersch/Hans-Wilhelm Goetsch/Ulrich Haas*, Insolvenzrecht. Kommentar der InsO und der InsVV mit Schriftsätzen und Mustern für die Insolvenzrechtspraxis, Bände I bis III, Berlin, 1999 ff. (Loseblatt), Stand: Juli 2009
Bichlmeier/Engberding/Oberhofer	*Wilhelm Bichlmeier/Antonius Engberding/Hermann Oberhofer*, Insolvenzhandbuch. Ein rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Leitfaden, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 2003
Bork	*Reinhard Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Aufl., Tübingen, 2009
Braun	*Eberhard Braun* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, 3. Aufl., München, 2007
Breuer, Formularbuch	*Wolfgang Breuer*, Insolvenzrechts-Formularbuch mit Erläuterungen, 3. Aufl., München, 2007
Breuer, Insolvenzrecht	*Wolfgang Breuer*, Insolvenzrecht. Eine Einführung, 2. Aufl., München, 2003
Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/	*Henriette-Christine Duursma-Kepplinger/Dieter Duursma/Ernst Chalupsky* Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar, Wien/New York (Springer), 2002
FrankfKomm	*Klaus Wimmer*, (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Neuwied, 2009
Foerste	*Ulrich Foerste*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., München, 2008
Gottwald	*Peter Gottwald*, (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl., München, 2006
Haarmeyer/Wutzke/Förster	*Hans Haarmeyer/Wolfgang Wutzke/Karsten Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung. InsO/EGInsO, 3. Aufl., München, 2001
Häsemeyer	*Ludwig Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 2007
HeidKomm	*Gerhart Kreft* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Heidelberg, 2008
Hess	*Harald Hess*, Insolvenzrecht. Großkommentar in drei Bänden, Band I. Kommentar §§ 1–112 InsO, Heidelberg, 2007; Band II. Kommentar §§ 113–359 InsO, Heidelberg, 2007; Band III. Erläuterung aller insolvenzrechtlichen Verordnungen, Nebengesetze und Nebenbestimmungen. Entscheidungsregister, Heidelberg, 2007
Heyer	*Hans-Ulrich Heyer*, Einführung in das Insolvenzrecht, 1. Aufl., Oldenburg, 2005
Hübner	*Heinz Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin/New York, 1996

Jaeger	*Wolfram Henckel/Walter Gerhardt* (Hrsg.), Jaeger. Insolvenzordnung. Großkommentar, Erster Band. §§ 1–55, Berlin, 2004; Zweiter Band. §§ 56–102, Berlin, 2007 ; Vierter Band. §§ 129-147, Berlin 2008
Jarass/Pieroth	*Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 10. Aufl., München, 2009
Jauernig/Berger	*Othmar Jauernig/Christian Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., München, 2007
Kölner Schrift	Kölner Schrift zur Insolvenzordnung. Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Herne/Berlin, 2000
Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht	*Bruno Kübler/Hanns Prütting*, Das neue Insolvenzrecht. InsO/EGInsO, 2. Aufl., Köln, 2000
Kübler/Prütting/Bork	*Bruno Kübler/Hanns Prütting/Reinhard Bork* (Hrsg.), InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I, Köln, 1998 ff. (Loseblatt), Stand: Mai 2009; Band II, Köln, 1998 ff. (Loseblatt), Stand: Juni 2009
Mohrbutter/Ringstmeier	*Harro Mohrbutter/Andreas Ringstmeier* (Hrsg.), Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., Köln/Berlin/München, 2007
MünchKomm	*Hans-Peter Kirchhof/Hans-Jürgen Lwowski/Rolf Stürner* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1: §§ 1–102. Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 2. Auflage, München, 2007; Band 2: §§ 103–269, 2. Auflage, München, 2008; Band 3: §§ 270–355. Internationales Insolvenzrecht. Insolvenzsteuerrecht, 2. Auflage, München, 2008
MünchKomm BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5. Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705–853), 5. Aufl., München, 2009; Band 6. Sachenrecht (§§ 854–1296), 5. Aufl., München, 2009; Band 11. Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–245), 4. Aufl., München, 2006
MünchKomm ZPO	*Thomas Rauscher/Peter Wax/Joachim Wenzel* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2. §§ 511-945, 3. Aufl., München 2008; Band 3. §§ 946–1086, 3. Aufl., München, 2008
Nerlich/Römermann	*Jörg Nerlich/Volker Römermann* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, München, 1999 ff. (Loseblatt), Stand: März 2009
Palandt	*Otto Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl., München, 2009
Pape/Uhlenbruck	*Gerhard Pape/Wilhelm Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, München, 2002
Paulus, Europäische Insolvenzverordnung	Christoph Paulus, Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 2008
Schmidt, Gesellschaftsrecht	*Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002
Schmidt-Bleibtreu/Klein	*Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., München, 2008
Schönke/Schröder	*Adolf Schönke/Horst Schröder/Theodor Lenckner*, Strafgesetzbuch, 27. Auflage, München, 2006
Scholz	*Franz Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, III. Band §§ 53–85, 10. Aufl., Köln, 2010

Smid, Grundzüge	*Stefan Smid*, Grundzüge des Insolvenzrechts, 4. Aufl., München, 2002
Smid, Kommentar	*Stefan Smid* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzrechtlicher Vergütungsordnung (InsVV), 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 2001
Smid, Internationales	*Stefan Smid*, Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht. Kommentar, Stuttgart/Berlin/Köln, 2004
Thomas/Putzo	*Heinz Thomas/Hans Putzo/Klaus Reichold/Rainer Hüßtege*, Zivilprozeßordnung, 30. Aufl., München, 2009
Uhlenbruck	*Wilhelm Uhlenbruck* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 12. Aufl., München, 2003
Vieweg/Werner	*Klaus Vieweg/Almuth Werner*, Sachenrecht, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 2007
Wagner	*Herbert Wagner*, Insolvenzordnung, Baden-Baden, 1998
Zimmermann	*Walter Zimmermann*, Insolvenzrecht, 6. Aufl., Heidelberg, 2006
Zöller	*Richard Zöller*, Zivilprozessordnung, 27. Aufl., Köln, 2009

A. Allgemeiner Teil

§ 1 Gegenstand und Abgrenzung des Insolvenzrechts

I. Recht und Rechtsdurchsetzung

1. Recht als Regelwerk mit staatlich gewährter Durchsetzungskraft

Sich mit Insolvenzrecht zu befassen bedeutet, die Funktionsfähigkeit der vom Recht bereitgestellten Instrumente zur Güterverteilung in der Marktwirtschaft nachzuvollziehen. Wo nicht mehr oder minder realitätsferne Bedarfspläne Güter zuweisen, sondern ein jedes Gut von dem, der nach ihm trachtet, errungen werden muß, gibt Privatrecht den sichernden Handlungsrahmen, ohne welchen niemand seines Erfolges gewiß wäre. Im Mittelpunkt stehen die Einrichtungen **verläßlicher Güterzuordnung** und **Güterneuzuordnung** sowie der verbindlichen Verabredung von Güterbewegungen. Es sind dies das Eigentum und ähnliche Gestaltungen individuellen Innehabens mitsamt den Vorkehrungen für etwaigen Inhaberwechsel (auch anläßlich des Todes des bisherigen Inhabers) sowie der Vertrag als Versprechen eines Leistungsprogrammes (und die letztwillige Verfügung nach § 1937 BGB). Die rechtlichen Institutionen geben dem Wettlauf aller um die knappen Güter ein einheitliches Gefüge. Der Wettlauf um das Gut ist rechtlich geregeltes Ringen um ein Recht am Gut. Nicht anders als durch das Recht am Gut kann der Inhaber das Gut selbst genießen. Rechtswidriger Genuß ist jederzeit gefährdet und außerdem mit Ausgleichsansprüchen behaftet, welche der Berechtigte erheben kann und welche regelmäßig teurer als Erwerb in den Bahnen des Rechts sind. 1

Recht bewährt sich nicht schon dadurch, daß die Wirtschaftsteilnehmer es im großen und ganzen spontan achten. Vielmehr wird der Rechtscharakter von Regeln gerade im Falle ihrer Nichtbefolgung deutlich. Für diesen Fall stellt die marktwirtschaftliche Gesellschaft in ihrem staatlichen Gefüge ein Zwangssystem bereit: Zwar ist dem Inhaber bei Übergriffen oder dem Versprechensempfänger bei Leistungsunwilligkeit oder Leistungsunfähigkeit Selbsthilfe meistens nicht gestattet. Aber er kann staatlich geordnete **Verfahren** in Gang setzen, in denen in mehr oder minder genauer Aufklärungsarbeit die Rechtslage festgestellt wird und die in Zwangsanwendung gegenüber dem Übergreifenden beziehungsweise dem Versprechenden münden. Auf diese Weise hat das Anliegen des einzelnen Durchsetzungskraft. In der Verantwortung des einzelnen bleibt allerdings die Überwachung seiner Rechte. Der Staat beobachtet nicht von sich aus zum Vorteil des einzelnen, ob die Rechtsteilnehmer untereinander die Regeln einhalten. 2

Wo eine Regel solche Durchsetzungskraft hat, kann man davon sprechen, daß der einzelne als ein Rechtsträger ein Recht an einem Gegenstand oder gegenüber einer anderen Person innehat und nicht nur eine Hoffnung hegt[1]. Der Rechtsinhaber kann 3

1 Siehe *Gustav Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 171 ff. (unter – kritischem – Verweis auf normative Kraft des Faktischen, auf Vorrang von Rechtssicherheit vor Gerechtigkeit, auf eine Gerechtigkeitsvorstellung, die Gerechtigkeit gerade in der Befolgung des positiven Geset-

Gehorsam oder zumindest Kompensation für Ungehorsam erwarten und dies notfalls erzwingen. Er genießt Sicherheit, zuverlässigen Schutz seines Ansinnens. Er ist nicht bloß auf schwankende Gefälligkeit angewiesen. Im folgenden wird von ebensolchen staatlich geordneten Verfahren die Rede sein, die der **Regel-Durchsetzung** als der Bewährung von Recht dienen. Unbewältigt bleibt deshalb das mit der geschilderten Beschreibung von »Recht« als »mit staatlicher Hilfe durchsetzbare Regeln« sich auftuende Problem der Existenz von Naturrecht, verstanden nicht allein als eine mit der Vernunft erschließbare ideale Rechtsordnung, sondern außerdem als unumstößlich unter der Oberfläche des vom Menschen gesetzten, positiven Rechts geltend und dieses begrenzend, das Problem, ob »Recht« immer nur »gerecht« sein kann und ob alles »Gerechte« zugleich »Recht« ist[2]. Wenn nicht tatsächlich der Staat bereit ist, seine Verfahren einem Anliegen zur Verfügung zu stellen, wenn seine Organe in jeder denkbaren Verfahrensart das Rechtsschutzgesuch für überhaupt unzulässig oder für unbegründet halten, so steht jedenfalls für die im Staat verfaßte Gesellschaft der jeweiligen Gegenwart fest, daß der Rechtsuchende kein Recht hat. Außer Betracht darf und muß, wer gerade die Durchsetzungsmöglichkeiten betrachtet, lassen, ob »Recht« auch dort besteht, wo staatliche Verfassung der Gesellschaft fehlt oder wo sie sich in Auflösung befindet oder wo innerhalb standfester staatlicher Verfassung ein Anliegen über einige Zeit hinweg keine Achtung findet, und ob umgekehrt manche durchsetzungsfähige Position die Bezeichnung als »Recht« nicht verdient, weil sie in den Augen der Gerechtigkeit als unerwünscht, als Un-Recht erscheint[3].

2. Ausschluß von Selbsthilfe

4 Gegen die Beschreibung von Recht mittels der Verknüpfung von Durchsetzbarkeit eines Begehrens mit Tätigkeit des Staates könnte man einwenden wollen, daß die Eigenschaft von Verhaltensregeln als »Recht« auch dort angenommen werden kann, wo dem Interessierten eine freihändige Durchsetzung gelingt. Doch ist solche Freihändigkeit, wo überhaupt staatliche Verfassung herrscht, nur dann möglich, wenn der Staat ein Entgegentreten unterläßt. Zumindest in der Passivität des Staates liegt dann die von ihm gewährte Durchsetzung. Die Nichtverteidigung desjenigen, gegenüber welchem jemand Selbsthilfe übt, ist das Urteil des Staates darüber, daß die Position des Angegriffenen im Verhältnis zum Angreifer nicht berechtigt ist.

5 Im allgemeinen wünscht indessen der Staat ohnehin keine Selbsthilfe[4]. Das Verbot von Eigenmacht ist nun nicht etwa Verneinung einer Rechtsposition, sondern lediglich Lenkung der Rechtsausübung in geordnete Bahnen. In den Gleisen staatlich geordneter Verfahren wird sich, wie oben beschrieben, die Verhaltensregel als Recht erweisen und verwirklichen.

6 Die Rechtsordnung ist so selbstverständlich vom **Verbot der Eigenmacht** durchdrungen, daß dem Gesetzgeber eine zentrale Bestimmung hierüber überflüssig erschienen ist. Ausdrückliche Erwähnung begegnet nur verstreut, zum Beispiel in der Definition der Besitzstörung des § 858 BGB. Statt dessen wird jede Eigenmacht zunächst einmal als Fall der zahlreichen Unrechtstat-

zes, selbst eines Schandgesetzes, um seines Befehlscharakters wegen sieht); *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932, S. 82 ff. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 9 ff., 34 ff., 196 ff.

2 Die Existenz eines Naturrechts von positivistischem Standpunkt aus leugnend *Radbruch*, Grundzüge, S. 171. Ebenso *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 359 f., 402 ff. Recht als bloß das »ethische Minimum« bei *Georg Jellinek*, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, Nachdruck 1967, S. 42 ff.

3 Diese Frage ist in der sogenannten *Radbruchschen Formel* konzentriert: *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, 105 ff., 107.

4 Zum Nachstehenden siehe auch *Becker*, Europäisierung des Zivilverfahrensrechts, in: *Bottke/Möllers/Schmidt* (Hrsg.), Recht in Europa. Festgabe zum 30-jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät Augsburg, 2003, S. 25 ff.

bestände einzustufen sein, die dem Schutz individueller Güter dienen, materieller und immaterieller, vermögenhafter und persönlicher. Nur ausnahmsweise ist dem einzelnen Selbsthilfe gestattet. So verhält es sich in Fällen von Notstand und Notwehr gemäß §§ 227 bis 229, 904 BGB, §§ 32, 34 StGB, §§ 15, 16 OWiG, welche als entlastende Umstände bei den eigentlich einschlägigen Unrechtstatbeständen konzipiert sind. Zu diesen Fällen zählt auch der Besitzschutz nach §§ 859, 860 BGB. Selbsthilfe darf der Vermieter wegen seines gesetzlichen Pfandrechts üben, wenn der Mieter sich zu rücken anschickt (§ 562b Abs. 1 BGB). Sogar zum Vollstreckungsorgan darf sich der Gläubiger in der Vorpfändung aufschwingen, wenn er immerhin einen Vollstreckungstitel innehat (§ 845 ZPO).

3. Gewaltmonopol des Staates

Der Staat entmachtet den einzelnen. Die verfaßte Gesellschaft gibt dem einzelnen durch Recht Handhabe, zähmt ihn aber zugleich durch Verweis auf den Rechtsweg. Beides zusammen macht Recht zur **Friedensordnung**. Der Staat schützt das Privatrechtssubjekt vor der potentiell überbordenden Selbsthilfe des anderen Privatrechtssubjektes. Er schützt damit Menschenwürde und Grundrechte des – angeblichen – Schuldners. Er tut damit mehr, als nur (was das erste Anliegen der Grundrechte ist) auf einen hoheitlichen Eingriff zu verzichten. Der Staat kann angerufen werden und schreitet ein, wenn ein einzelner seiner angeblichen Forderung wegen einen einschlägigen (im Franchise-System tätigen) Dienstleister damit betraut, den angeblichen Schuldner fortwährend von einem »schwarzen Schatten«, einer auffällig in Schwarz gekleideten Person auf Schritt und Tritt verfolgen zu lassen, damit alle Öffentlichkeit auf die Säumigkeit aufmerksam werde[5]. Der Staat mißtraut privaten »Schuldnerspiegeln«[6]. 7

Rar sind Reste der Privatvollstreckung. Hier ist die zuvor[7] erwähnte Vorpfändung nach § 845 ZPO hervorzuheben, das heißt die Inbeschlagnahme einer Forderung des Geldschuldners durch bloße Benachrichtigung des Gläubigers an Schuldner und Drittschuldner. Doch setzt auch Vorpfändung voraus, daß der Gläubiger einen Vollstreckungstitel (namentlich §§ 704, 794 ZPO) erwirkte, und Pfändung durch das Vollstreckungsgericht (§ 829 ZPO) muß folgen. Im übrigen steht die Existenz von Privatvollstreckung dem Befund einer friedenstiftenden Rechtsordnung nicht entgegen. Wenn immerhin ein Regelwerk besteht, welches der Willkür des einzelnen Grenzen setzt und notfalls der Hoheitsträger gegen den übereifrigen Vollstrecker hoheitlichen Zwang übt, so ist auch dies, wenngleich in geringerer Deutlichkeit, Ausdruck einer Herrschaft des Staates über das Instrument der Gewalt. Sogar wenn der Staat lediglich darauf achten sollte, ob der übertriebene Privatvollstreckung Erleidende Regeln allfälliger Selbstverteidigung einhält, läge – freilich nochmals weniger deutlich sichtbar – die Gewalt in der Disposition des Hoheitsträgers. Die Intensität staatlicher Wahrnehmung von Gewalt hängt von den dem Hoheitsträger verfügbaren Ressourcen ab. Erst ab einem gewissen Grad staatlicher Herrschaft über Gewalt in Privatangelegenheiten wird man von einem **Gewaltmonopol** des Staates sprechen können. Im großen und ganzen geht die Jahrtausende währende Entwicklung in der Tat von der Privatvollstreckung weg zur heutigen weitestgehenden Monopolisierung der Gewalt beim Staat. 8

Bei Abbau der Privatvollstreckung tritt an die Stelle eigenmächtiger Rechtsverwirklichung die im geordneten Verfahren erhältliche **Hilfe des Staates**. Diese Hilfe gewährt der Staat nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag. Die Disposition des Rechtsuchenden über den Rechtsschutz ist gewissermaßen Verlängerung der Privatautonomie über die Setzung von rechtlich erheblichen Tatbeständen hinaus. Die Hilfe des Staates steht **zweigestuft** zur Verfügung. Die erste Stufe ist die Rechtserkenntnis im Zivilprozeß nach §§ 253 ff. ZPO. Sein Verlauf und sein Ergebnis genügen in den allermeisten Fällen bereits, um (richtige Behandlung der Angelegenheit vorausgesetzt) den Gegner zu dem zu bewegen, was er dem Recht gemäß zu tun hat (und ihn im übrigen in dem Stande zu belassen, den er ungestört genießen darf). Die zweite Stufe ist das Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 704 ff. ZPO und nach dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Mit dem Vollstreckungsverfahren leiht der Staat dem 9

5 LG Leipzig, Urteil vom 31. August 1994 – 6 O 4342/94, NJW 1995, 3190 ff.
6 BVerfG, Beschluß vom 9. Oktober 2001 – 1 BvR 622/01, NJW 2002, 741 f.
7 Oben Rn. 6.

einzelnen seinen Arm zur Schaffung derjenigen Tatsachen, welche das Recht gebietet. Das Vollstreckungsverfahren setzt im Grundsatz den Abschluß des Erkenntnisverfahrens mit einem Vollstreckungstitel voraus, kennt aber zahlreichen Ersatz für das den Zivilprozeß abschließende vollstreckbare Urteil, teils aus Verfahren geringeren Erkenntniswertes (zum Beispiel Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO, Arrestverfahren nach §§ 916 ff. ZPO) gewonnen, teils ohne staatliche Mitwirkung erzeugt, entweder immerhin unter Teilnahme von Organen der Rechtspflege (zum Beispiel anwaltlicher Vergleich nach §§ 796a ff. ZPO; siehe § 794 Abs. 1 Nr. 4b ZPO) oder ohne solche Mitwirkung (**Schiedsverfahren** nach §§ 1042 ff. ZPO; siehe § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO).

10 Eine innige Verbindung gehen die beiden Stufen staatlicher Hilfe zur Rechtsdurchsetzung im **Insolvenzverfahren** ein. Die erste Stufe ist hier kaum merklich ausgebildet. Nur sehr entfernt läßt sich die Prüfung angemeldeter Forderungen (§§ 174 f. InsO) in der unter Leitung des Insolvenzgerichts stehenden (§ 76 Abs. 1 InsO) Gläubigerversammlung zum Prüfungstermin (§§ 176 ff. InsO mit §§ 74 ff., 29 Abs. 1 Nr. 2 InsO) als Erkenntnis bezeichnen. Der **Schwerpunkt des Insolvenzverfahrens** liegt in der Vollstreckung, das heißt in Verwertung und Erlösverteilung nach § 1 Satz 1 Fall 1 InsO oder in anderweitiger Regelung durch Insolvenzplan nach § 1 Satz 1 Fall 2 InsO. Sie ist Gesamtvollstreckung: Anders als bei der Zwangsvollstreckung nach ZPO und ZVG geht nicht ein einzelner Geld oder anderes beanspruchender Gläubiger vor, um wegen einer einzelnen Forderung auf einzelne Vermögenswerte zuzugreifen oder sonst Zwang ausüben zu lassen. Vielmehr wird das ganze Vermögen des Schuldners erfaßt, weil sich alle Gläubiger – allerdings nur, soweit ihre Forderung eine persönliche und in Geld ausdrückbare ist[8] – beteiligen können[9]. In der Variante des Insolvenzplans tritt freilich der Staat weit in den Hintergrund. Er lenkt lediglich nach Maßgabe von §§ 217 ff. InsO die Erarbeitung einer privatautonomen Lösung so, daß gewisse elementare Erfordernisse nicht unterschritten werden.

4. Justizgewährpflicht

11 Die Verfahrensangebote des Staates sind angesichts der Monopolisierung von Gewaltausübung beim Staat keine unverbindliche Wohltat. Vielmehr stellen sie unverzichtbaren Ausgleich für die Entmachtung des einzelnen dar. Denn die Fortnahme der Befugnis zur Selbsthilfe ist Beschneidung von Grundfreiheiten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG für sich allein genommen, aber auch in Verbindung mit denjenigen Grundrechten, welche das Innehaben des jeweils fraglichen Rechts schützen (vor allem die Eigentumsfreiheit in Art. 14 GG). Die im bürgerlichen Recht näher beschriebene Freiheit, sich durch Vertrag Ansprüche zu verschaffen (§ 311 Abs. 1 BGB), Eigentum zu genießen (§ 903 BGB) und im Eingriffsfalle Ausgleich zu fordern (§ 823 Abs. 1 BGB), endet zunächst mit der Hoffnung auf freiwillige Achtung durch den Schuldner (betreffend den Anspruch) und alle anderen Rechtsteilnehmer (betreffend das vorerst gegnerlose absolute Recht). Die Freiheit zu eigenmächtiger Verfolgung der privaten Rechte nimmt der Staat durch das Selbsthilfeverbot. Die Freiheit des anderen, sich für oder gegen den Vertragsschluß und für oder gegen Befolgen der in eigener Verantwortung übernommenen Pflicht, für oder gegen die Respektierung absoluter Rechte und damit für oder gegen die Begründung einer Ersatzpflicht zu entscheiden, ist also scheinbar besser geschützt.

12 Aber der Rechtsstaat (Art. 20, 23 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) nimmt die Freiheit zur Selbsthilfe nur unter Gewährung von Rechtspflege. Einmal entmachtet hat der einzelne einen Anspruch gegen den Staat darauf, daß der Staat Rechtspflege einrichtet und tatsächlich ausübt[10]. Der **Justizgewährleistungsanspruch** beschränkt sich nicht etwa auf die in Art. 19 Abs. 4

8 Siehe unten Rn. 218, 255 ff.

9 Wegen Zuordnung von Einzel- und Gesamtvollstreckung mehr zum Bereich der Administration als Wesenseigenschaft freiwilliger Gerichtsbarkeit denn zur Erkenntnis als Wesenszug des streitigen Verfahrens siehe unten Rn. 250 ff.

10 Über Justizgewährungspflicht des Staates BVerfG, Beschluß vom 11. Juni 1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 291 ff.; BVerfG, Beschluß vom 25. Februar 1985 – 1 BvR 1086/85, BVerfGE 74, 257, 261 f.; BVerfG, Beschluß vom 23. Juni 1990 – 2 BvR 674/88, NJW 1991, 29; BVerfG, Beschluß vom 8. Oktober 1991 – 1 BvR 1324/90, NJW 1992, 105; BVerfG, Beschluß vom 12. Februar 1992 –

GG ausgedrückte rechtsstaatliche Verpflichtung des Staates, wirksamen Rechtsschutz gegen Akte seiner selbst und anderer Hoheitsträger zu unterhalten. Vielmehr muß der Frieden herstellende Staat Rechtsschutz auch und gerade für die Auseinandersetzung unter den Individuen bereitstellen und vor allem auch durchführen. Der Justizgewährleistungsanspruch verleiht dem zivilrechtlichen Anspruch erst seine Funktion als durchsetzbare Erwartung. Aus Schuld wird Haftung. Ohne die Durchsetzbarkeit bliebe der zivilrechtliche Anspruch nur Zuordnung einer wirklichen Leistung als Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) und Rechtsgrund (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2 Fall 1 BGB).

Die wirkliche Durchführung von rechtsschützenden Verfahren drückt sich im Anspruch auf **rechtliches Gehör** nach Art. 103 Abs. 1 GG aus. Denn rechtliches Gehör ist keine bloße Formalie im Sinne folgenloser Entgegennahme einer Äußerung, sondern bedeutet sachliche Anteilnahme seitens des Gerichts[11]. Im übrigen unterliegt der (deutsche) Staat der Justizgewährpflicht nicht allein deswegen, weil das (deutsche) Grundgesetz von der Idee des Rechtsstaates durchdrungen ist. Es bindet ihn das rechtsstaatliche Gebot der Justizgewährleistung auch durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten aus dem Jahr 1950. Denn Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK hält die Teilnehmerstaaten ebenfalls zu Gewährung rechtlichen Gehörs durch ein Gericht an. Das Menschenrecht auf richterliches Gehör schließt über das Recht auf Anhörung, Befassung und Beurteilung hinaus auch das Recht auf Vollzug des rechtskräftigen Urteils ein[12]. **13**

Der Staat **befolgt** die Justizgewährpflicht, indem er Gerichtsbarkeit aufbaut, Verfahren hierfür vorsieht und – auf Nachfrage – Verfahren auch tatsächlich ablaufen läßt. Den Aufbau der Gerichtsbarkeit für die Auseinandersetzung unter den Individuen als Teil der herkömmlich sogenannten ordentlichen Gerichtsbarkeit ordnet das Grundgesetz selbst nur im Ansatz (Art. 92, 95 GG). Das nähere regeln die Vorschriften über die Gerichtsverfassung, welche Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG der konkurrierenden Gesetzgebung zuweist. Dies sind als Bundesgesetze das Gerichtsverfassungsgesetz nebst Einführungsgesetz dazu (EGGVG) sowie die Gesetze der Länder über ihre Gerichtsorganisation (zum Beispiel in Bayern das Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern[13]; in Hessen das Gesetz über den Sitz und den Bezirk der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaften[14]; in Nordrhein-Westfalen das Gesetz über die Gliederung und die Bezirke der ordentlichen Gerichte[15]). Vorgesehene Verfahren sind, wie schon beschrieben[16], Zivilprozeß und davon abgeleitete Verfahren, Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren[17], geordnet in Zivilprozeßordnung, ZVG und Insolvenzordnung. Stellt der Staat angesichts seines Gewaltmonopols Rechtsschutzverfahren erst einmal bereit, so kann er darin dem Rechtsverwirklichung Suchenden ein Stück der Herrschaft zuteilen und ihn an den Abläufen mitwirken lassen. Das erschöpft sich nicht in der Disposition über den Rechtsschutz überhaupt, etwa in Antragsrechten (z.B. § 13 Abs. 1 Satz 2 **14**

1 BvL 1/89, NJW 1992, 1673; BVerfG, Beschluß vom 1. August 1996 – 1 BvR 121/95, NJW 1996, 2857; *Julius Binder*, Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, 1927, Nachdruck 1969; *Wilhelm Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, 1970; *Hans-Willi Laumen*, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1984, S. 77 f.; *Peter Mes*, Der Rechtsschutzanspruch, 1970; *Edzard Schmidt-Jortzig*, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, 2569 ff.; *Vollkommer*, in: Zöller, Einleitung, Rn. 48 ff.

11 Siehe *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 103 GG, Rn. 28 ff.

12 EGMR, Entscheidung vom 12. Dezember 2002 – 59021/00, NJW 2004, 273.

13 Vom 25. April 1973, Bayerisches GVBl. 1973, 189; zuletzt geändert am 24. Juli 2007, GVBl. 2007, 537.

14 Vom 8. Februar 1961, GVBl. für das Land Hessen 1961, 29, in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2005, GVBl. für das Land Hessen, Teil I, 2005, 98, zuletzt geändert am 18. Juni 2009, GVBl. 2009, 171.

15 Vom 7. November 1961, GVBl. für das Land Nordrhein-Westfalen 1961, 331, zuletzt geändert am 13. Januar 2009, GVBl. 2009, 75.

16 Oben zu Rn. 9 f.

17 Zur Annahme eines Verfassungsgebotes, Insolvenzverfahren vorzuhalten, lies *Adam*, Insolvenzrecht und Grundgesetz, DZWIR 2009, 441 f.

InsO), sondern schließt Teilhabe an Entscheidungsgewalt ein[18]. Insgesamt bleibt das Verfahren trotzdem ein hoheitliches.

15 Mit der Einrichtung des Zivilprozesses allein hätte sich der Staat nicht begnügen dürfen. Manch ein Gegner wird dem richterlichen Verhaltensbefehl Folge leisten. Vielfach jedoch fehlt der Wille dazu, oder die Situation des Gegners (insbesondere Liquiditätsmangel) erschwert ihm den Gehorsam. Dann bedarf es der Anwendung von Zwang, den der Gläubiger nicht aus eigener Machtvollkommenheit üben darf. Ohne das Angebote **hoheitlichen Zwangs** bliebe die Justizgewähr unvollständig. Fraglich bleibt, ob neben der Einzelzwangsvollstreckung, die die Befriedigung von Geldansprüchen schon einschließt, noch eine spezifisch auf Geldansprüche und auf geldwerte Ansprüche (§ 38 InsO) gerichtete Gesamtvollstreckung stehen muß. Auch dies wird man zu bejahen haben. Die Einzelzwangsvollstreckung verlängert den Wettlauf um Güter über den Wettlauf um richterliche Erkenntnisse hinaus in einen Wettlauf um den Zugriff auf das Schuldnervermögen. Hier tritt ein Problem der Gleichheit (Art. 3 GG) und der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG) in Erscheinung. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung laufen aus den unterschiedlichsten Gründen nicht in gleicher Geschwindigkeit ab. Nur sehr begrenzt kann der Gläubiger mit seinem Verhalten den Zeitpunkt für die Realisierung seines Rechts steuern. Soll Justizgewähr wirksam sein, muß der Staat seine Verfahrensangebote so einrichten, daß das Risiko unterschiedlicher Geschwindigkeit gebannt, der Nutzen des Justizsystems gleichmäßig verteilt werden kann. Dem trägt das Insolvenzverfahren Rechnung, indem es den **Wettlauf der Gläubiger** beendet[19].

16 Alle Verfahren sind wie die Gerichtsverfassung Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), so daß auch hier neben Bundesrecht Landesrecht tritt. Namentlich werden einige Fragen des Insolvenzverfahrensrechts (vor allem Insolvenzunfähigkeit, insolvenzgerichtliche Zuständigkeit, Eignung zur Schuldnerberatung beim Kleininsolvenzverfahren) erst durch Landesvorschriften geklärt[20].

17 Die normative Vorkehrung allein genügt jedoch noch nicht. Der Staat muß zur Erfüllung seiner Justizgewährungspflicht auch durch hinreichende Ausstattung der Justiz[21] und in jedem einzelnen Fall dafür Sorge tragen, daß die ablaufenden Verfahren nicht unter Verschleppung leiden[22]. Außerdem darf der Staat den Zutritt zum Verfahren nicht unnötig erschweren[23]. Justizverweigerung anstatt Justizgewähr betriebe der Staat, wenn er allzu komplizierte Formalien normierte oder wenn seine Gerichte die vernünftig gesetzten Verfahrensvorschriften allzu streng handhabten[24], insbesondere, um Arbeitslast von sich fernzuhalten[25].

18 Kaum vereinbar mit der Justizgewährleistungspflicht ist der in einigen Angelegenheiten eingeführte Zwang zu einem **Verständigungsversuch vor dem Zivilprozeß** (§ 15a EGZPO in Verbindung mit den Landesgesetzen über den obligatorischen Schlichtungsversuch[26]). Zuzugeste-

18 Siehe zur Gläubigerautonomie unten Rn. 196.

19 Näher unten Rn. 20 ff.

20 Näher unten Rn. 71 ff. und bei Behandlung der einschlägigen Fragen. Siehe ferner *Becker*, Ausführung der Reform des Insolvenzrechts durch die Länder, KTS 2000, 157 ff.

21 Vgl. *Weth*, Die Justiz – ein ungeliebtes Kind?, NJW 1996, 2467 ff.

22 Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK fordert ausdrücklich Einhaltung angemessener Frist. Dazu EGMR, Urteil vom 27. Juli 2000 – 33379/96, NJW 2001, 213 f. (Bewunderung ringt dem Beobachter die Geschwindigkeit des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof nicht ab). Zügigkeit als Erfordernis innerhalb der deutschem Verfassungsrecht entspringenden Pflicht zur Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten bei BVerfG, Beschluß vom 20. Juli 2000 – 1 BvR 352/00, NJW 2001, 214 ff.

23 BVerfG, Beschluß vom 23. August 1999 – 1 BvR 1138/97, NJW 1999, 3701, 3702, betreffend überhöhte Sorgfaltsanforderungen bei Fristwahrung eines Schriftsatzes.

24 Letzteres im soeben zitierten Fall BVerfG, NJW 1999, 3701 f.

25 BVerfG, Beschluß vom 11. Juni 1980 – 1 PBvU 1/79, NJW 1981, 39 ff., betreffend Umgang mit den Vorschriften zur Annahme einer Revision in Zivilsachen.

26 Z.B. in Bayern: Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften, vom 25. April 2000, GVBl. 2000, 265, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezmeber 2008, GVBl. 2008, 977; in Hessen: Gesetz zur

hen ist zwar, daß die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege einen Schutz der Justiz vor Überlastung bedingt und deshalb gerade eine gewisse Hemmung von Justizgewähr die Erfüllung der Justizgewährpflicht erst ermöglicht. Aber diese Vorkehrung nur gegenüber ausgewählten Streitigkeiten zu treffen, verstößt gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Auf den ersten Blick löst auch die gesetzliche Überfrachtung des Schuldnerantrages auf Eröffnung des sogenannten **Kleininsolvenzverfahrens** (insbesondere des Verbraucherinsolvenzverfahrens) nach §§ 304 bis 310 InsO schwerwiegende Bedenken aus[27]. Indessen ist der Eigenantrag eines Schuldners[28] im Gegensatz zum Gläubigerantrag[29] nicht als Rechtsschutzgesuch aufzufassen. Der Schuldnerantrag zielt weder auf Anspruchsverwirklichung noch auf Abwehr unberechtigter Forderungen. Statt dessen bezweckt der Schuldner Vorbereitung der in § 1 Satz 2 InsO verheißenen Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO. Es geht also um die aus dem Sozialstaatsgedanken (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) gespeiste Wohltat, dem Wirtschaftssubjekt zu Lasten nicht der Allgemeinheit, sondern zu Lasten einzelner anderer Wirtschaftssubjekte, die der Zufall mit dem Schuldner zusammengeführt hatte, ein Stück Eigenverantwortung abzunehmen. Gleichwohl ist der von §§ 304 ff. InsO verlangte Aufwand nicht gutzuheißen. Er verstößt ebenfalls gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Selbständig wirtschaftende Schuldner mit großer Gläubigerzahl nämlich sind anders als Verbraucher (§ 304 Abs. 1 Satz 1 InsO) und Selbständige mit geringer Gläubigerzahl (§ 304 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 InsO) der an Zeit und Geld kostenträchtigen Mühen an der Pforte zum Insolvenzverfahren enthoben. Sachliche Rechtfertigung hat diese Differenzierung nicht.

Die Schaffung des Insolvenzverfahrens neben dem Zivilprozeß zielt auch dann noch auf Erfül- 19
lung der Justizgewährpflicht, wenn der Kreis der zu bewältigenden Schulden über das bürgerliche Recht hinausreicht. Ausgangspunkt ist die Anlage einer geordneten Befriedigung unter gleichgeordneten Rechtssubjekten. Die öffentliche Gewalt in allen ihren Gliederungen hat in der Summe nicht das Bedürfnis, ihre bei den verschiedenen Verwaltungsträgern ruhenden Ansprüche in einem Sammelverfahren aufzuarbeiten. Das nachstehend geschilderte weitere Problem des Gläubigerwettlaufes betrifft im Grundsatz nur das für seine wirtschaftliche Existenz selbst verantwortliche Privatrechtssubjekt im privatrechtlichen Verhältnis zu seinesgleichen und zu der mit ihm um Befriedigung konkurrierenden öffentlichen Hand. Wettlauf unter den Verwaltungsträgern, ausgeführt mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung, löste allenfalls deren getrennte Haushaltsrechnung aus. Das Insolvenzverfahren ist deswegen ein zivilistisches Verfahren. Daran ändert nichts, daß auch öffentlich-rechtliche Forderungen gegen den Gemeinschuldner in einem Zuge mitabgewickelt werden. Diese aus praktischen Gründen eingerichtete Bündelung aller Forderungen unter dem Dach des Zivilverfahrens ist in § 185 InsO zu erkennen, wo es um die Klärung bestrittener Forderungen geht. Ohne solche Bündelung müßte der Gesetzgeber einen getrennten Konkurs wegen der öffentlich-rechtlichen Forderungen erfinden und vorsehen, daß aus der Insolvenzmasse ein dem Verhältnis des zivilistischen Forderungsblocks zum öffentlich-rechtlichen entsprechender Anteil abzuspalten wäre. Daß solcher Aufwand wenig sinnvoll wäre, liegt auf der Hand.

II. Gläubigerwettlauf und Zugriff in der Vollstreckung

1. Vorbeugen und Wahrnehmung der Rechtsschutzgarantie

Das marktliche Prinzip des Wettlaufes um Güter beherrscht nicht nur die Gewin- 20
nung von Rechten[30], sondern auch deren Durchsetzung. Der Staat hält zwar ein

Regelung der außergerichtlichen Streitschlichtung, vom 6. Februar 2001, GVBl. I 2001, 98, zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. Dezember 2005, GVBl. I 2005, 782; in Nordrhein-Westfalen: Gesetz über die Anerkennung von Gütestellen im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozeßordnung und die obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen, vom 9. Mai 2000, GVBl. 2000, 476, zuletzt geändert am 20. November 2007, GVBl. 2007, 583.

27 Näher unten Rn. 145 ff.

28 Zum Eröffnungsantrag des Schuldners siehe unten Rn. 429, 437 ff.

29 Zum Eröffnungsantrag des Gläubigers unten Rn. 429, 432 ff.

30 Siehe oben Rn. 1.

Rechtsschutzsystem bereit[31]. Aber er wird nicht von sich aus tätig, sobald ein Recht eines Individuums mißachtet wird. Dem Verfahren im Privatrecht ist das **Offizialprinzip fremd**. Vielmehr definiert jeder Rechtsinhaber seinen Bedarf nach Rechtsschutz gemäß eigenem Gutdünken, und er wählt auch nach eigener Einschätzung unter den von der Rechtsordnung bereitgehaltenen Werkzeugen aus.

21 Seiner eigenen Initiative ist überlassen, ob der Rechtsinhaber schon vor Inanspruchnahme staatlicher Hilfe zusätzliche Geschäfte tätigt, welche die Wahrscheinlichkeit der Rechtsverwirklichung erhöhen. Damit sind die Instrumente der Kreditsicherung im weitesten Sinne gemeint – von der schlichten Vereinbarung einer Vorleistung des Gegners (abweichend von § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB) über den Abschluß einer Ausfallversicherung als Schadensversicherung (§ 1 Satz 1 VVG) oder die Mitverpflichtung eines Bürgen (§ 765 Abs. 1 BGB) bis zur Reservierung von Zugriffsobjekten aus dem Vermögen des Schuldners oder eines Dritten etwa durch Sicherungsübereignung (§§ 929 Satz 1, 930 BGB) oder Grundschuld (§§ 1191 Abs. 1, 1147, 1192 Abs. 1 BGB). Auch die Nutzung des erzeugten Kreditsicherungsmittels (zum Beispiel durch Zahlungsaufforderung an den Bürgen) bleibt dem Rechtsinhaber zu eigener Verantwortung überlassen. Vertragsgestaltung ist also das Instrument, mit dem Gläubiger das Risiko des Forderungsausfalls zu begrenzen suchen. Vertragsgestaltung wird aber auch auf Schuldnerseite dazu genutzt, die Haftungsrisiken möglichst klein zu halten. Wer Betriebe oder andere Vermögensmassen oder einzelne Vermögensgegenstände übernimmt, achtet genau darauf, wie weitgehend damit eine Haftungsübernahme verbunden ist und ob diese sich kürzen läßt.

22 Seiner eigenen Initiative ist sodann überlassen, ob der Rechtsinhaber (oder wer sich für einen solchen hält) ein vom Staat angebotenes Verfahren anstrengt. Er entscheidet, ob es sich um einen gewöhnlichen Zivilprozeß oder um eine Sonderform des Erkenntnisverfahrens (zum Beispiel Urkundenprozeß nach §§ 592 ff. ZPO; vorläufiger Rechtschutz nach §§ 916 ff. ZPO; Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO) oder um ein (nur bei großzügigstem Verständnis noch dem Bereich der Erkenntnisverfahren zuzurechnendes) Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) handeln soll und legt den Streitgegenstand fest (Leistung oder Feststellung? Klage um alles oder nur um einen Teil?). In der Initiative des Rechtsinhaber liegt des weiteren, ob er die im staatlichen Verfahren gewonnene Erkenntnis, so ihr der Gegner nicht sogleich Folge leistet, in die Zwangsvollstreckung führt und den Gegner tatsächlich in die Haftung nimmt, auf sein Vermögen zugreift. Das Urteil oder sonstige Ergebnis des staatlichen Verfahrens ist **Vollstreckungsgrundlage** (§§ 704 Abs. 1, 794 Abs. 1 ZPO). Ebenso gut kann der Rechtsinhaber aber auch andere Wege zur Erlangung eines Vollstreckungstitels beschritten haben (zum Beispiel die notarielle Urkunde mit Unterwerfungsklausel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO; die gerichtliche oder notarielle Vollstreckbarerklärung des Anwaltsvergleichs nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 4b, 796a bis 796c ZPO). Darüber, daß der Staat mitunter dazu zwingt, zunächst die privatautonome Verständigung zu suchen, wurde oben[32] bereits berichtet.

2. Rechtsschutz und Umfang des Schuldnervermögens

23 Indessen geht die Befriedigung nur soweit, wie die für den Zugriff gegebenenfalls reservierten Objekte (das Sicherungsgut) und die frei faßliche Vermögensmasse (die erst mit Beschlagnahme in der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des Gläubigers bestimmten Stücke) reicht. Der Gläubiger steht in Konkurrenz mit allen anderen Gläubigern. Nur solange, wie es beim Schuldner noch etwas »zu holen« gibt, nur solange, wie der Schuldner, wenn schon nicht leistungswillig, so doch leistungsfähig ist, funktioniert das Ideal von der dem Markt überlassenen Güterverteilung mit rechtlicher Einrahmung und staatlicher Justizgewähr in der Realität. Wo Deckung mißlingt, wird der Staat den Wettlauf der Gläubiger anhalten. Allerdings geschieht auch dies wiederum nicht *ex officio* (von Amts wegen), sondern nur auf Initiative eines einzelnen –

31 Oben Rn. 11 ff.
32 Oben Rn. 18.

von wenigen Ausnahmen behördlicher Veranlassung[33] und einer Veranlassung durch den Staat als Gläubiger wie andere auch abgesehen. Diese Initiative ist der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 13 Abs. 1 InsO). Die Eröffnung verhindert weiteren Erwerb aus dem Schuldnervermögen (§§ 81, 91 InsO) und den selbstbestimmten Zugriff (§ 89 Abs. 1 InsO)[34]. Sogar schon während Prüfung des Eröffnungsantrages kann das Insolvenzgericht Erwerb und Zugriff unterbinden (§§ 21 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 3 und 5 InsO, 30d Abs. 4 ZVG). Der Ausschluß der Einzelzwangsvollstreckung wirkt zudem in die Vergangenheit zurück (sogenannte Rückschlagsperre gemäß §§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3, 321 InsO).

An die Stelle des Wettlaufes um Befriedigung tritt die **gleichmäßig verteilende Befriedigung** des Insolvenzverfahrens. Das Gesetz drückt dies verhüllend mit dem beschwörend anmutenden Begriff gemeinschaftlicher Befriedigung aus (§ 1 Satz 1 InsO)[35]. Gemeint ist keine Entindividualisierung der Ansprüche, sondern die Herstellung einer gleichen Lage für alle Gläubiger, eines Gleichranges, häufig mit dem lateinischen Schlagwort *par conditio creditorum* oder (besser) *par condicio creditorum* bezeichnet[36]. Vor der Insolvenzordnung war »Konkurs« der Name für das alle Gläubiger zusammenfassende Verfahren. Während »Insolvenz« nur den Anlaß, die »Unlöslichkeit«, das Sich-nicht-mehr-aus-Verbindlichkeiten-lösen-Können[37] beschreibt, spricht »Konkurs« den Vorgang an: Die Gläubiger laufen zusammen (*concurrere*). Und zwar laufen sie nicht länger »zusammen« im Sinne von Zeitgleichheit, von »Konkurrenz«, im Sinne eines wettstreitenden Nebeneinanderlaufens. Sie laufen »zusammen« im Sinne einer Zusammenkunft an einem Ort, wo sie eine einheitliche Regulierung finden. 24

Bis zur Schaffung der Insolvenzordnung war es mit der Sprache der Konkursordnung üblich, den von allen seinen Gläubigern zugleich angegangenen Schuldner als Gemeinschuldner zu bezeichnen. Heute erscheint dieser Begriff nicht mehr im Vokabular des Gesetzgebers. Nichtsdestoweniger kann man ihn noch immer sinnvoll benutzen, um zweierlei anzudeuten: zum einen, daß überhaupt mehrere Gläubiger auf Erfüllung warten, der Schuldner also allgemein und nicht nur einem einzigen Forderungsberechtigten als Schuldner gilt; zum anderen, daß das Insolvenzverfahren die Forderungen bis zu einem gewisser Grade aus der Durchsetzungsbefugnis der einzelnen Gläubiger herauslöst und die einzelnen Schulden zu einer einheitlichen Bewältigung zusammenfaßt. 25

III. Verteilungsordnungen

1. Gleichordnung oder Priorität

Das Insolvenzverfahren ist nicht der einzige Mechanismus, der die Verteilung von Schuldnervermögen an mehrere Gläubiger ordnet. Es stellt jedoch dasjenige Regelwerk dar, welches am weitesten gehend das Konkurrenzprinzip durch das **Prinzip gleichmäßiger Bedienung** verdrängt. Andere Verteilungsordnungen gründen auf Rangbildung im Wettlauf oder beschneiden individuellen Vorsprung nur in geringerem Maße. 26

33 Siehe unten Rn. 430.

34 Freilich unter Achtung schon geschehener Reservierung und schon geschehenen Zugriffs: Absonderung nach §§ 49 ff., 166 ff. InsO.

35 Näher zu den Zielen des Insolvenzverfahrens unten Rn. 129 ff. (§ 4).

36 Siehe unten Rn. 211.

37 Siehe zum Verfahrensanlaß unten Rn. 414 ff. (§ 9 I).

2. Priorität in der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen

27 Die Einzelzwangsvollstreckung wegen Geldforderungen ist vom Prioritätsgrundsatz geprägt. Die Befriedigung aus ihr bildet das Ergebnis des Gläubigerwettlaufes ab. Hiervon wird nur beschränkt abgewichen. Insbesondere stellt das Gesetz nur teilweise ein Gleichmaß her. Pfandrechte aus mehrfacher[38] Pfändung in bewegliches Vermögen (§ 804 Abs. 1 ZPO) erhalten jeweils einen Rang nach der Zeitfolge des Zugriffs (§ 804 Abs. 3 ZPO)[39]. Wer bereits ein gesetzliches oder ein vertragliches Pfandrecht an einer beweglichen Sache innehat, kann die Zwangsvollstreckung in diese Sache zwar nicht verhindern (§ 805 Abs. 1 Halbsatz 1 ZPO), wenn er nicht den Gegenstand in seinem Gewahrsam hat und deshalb sein Einverständnis mit der Pfändung nötig ist (§ 809 ZPO). Aber der Pfandgläubiger kann auf bevorzugte Befriedigung dringen und notfalls darauf klagen (§ 805 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO). Im Falle der Sicherungsübertragung ist es dem Sicherungsnehmer, im Falle des Eigentumsvorbehaltes (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB) dem Lieferanten sogar möglich, mittels der Drittwiderspruchsklage (Interventionsklage; § 771 ZPO) die Zwangsvollstreckung in das Sicherungsgut für unzulässig erklären zu lassen. Der Vollstreckungsgläubiger muß dann auf andere Objekte ausweichen. Bedenklich ist dies, wenn keine anderen Objekte zur Verfügung stehen[40].

28 Deckt bei mehrfacher Pfändung einer beweglichen Sache der Erlös nicht alle Ansprüche der Vollstreckungsgläubiger und entsteht Streit um die Rangfolge, so kommt nach Hinterlegung[41] des unzureichenden Erlöses ein **Verteilungsverfahren** zum Aufstellen eines Teilungsplans in Gang (§ 827 Abs. 2, 872 ff. ZPO). Auch wenn nach mehrfacher Pfändung einer Geldforderung der Drittschuldner den geschuldeten Betrag hinterlegt und das Geld nicht genügt, beginnt ein Verteilungsverfahren (§§ 853, 872 ff. ZPO). Dasselbe geschieht nach mehrfacher Pfändung einer Forderung auf eine bewegliche Sache, wenn der Erlös aus der Sache zu knapp ist, Streit um seine Verteilung entsteht und der Gerichtsvollzieher ihn deshalb hinterlegt (§§ 854, 872 ff. ZPO). Die Regeln des Verteilungsverfahrens kennen freilich keine eigentümliche Reihung der Geld erwartenden Gläubiger, sondern dienen nur der Verwirklichung der ohnehin geltenden Befriedigungsfolge.

3. Priorität und Gleichordnung in der Immobiliarvollstreckung

29 Etwas stärker zu **nachträglicher Gleichordnung** neigt das Zwangsvollstreckungsrecht, wenn Gläubiger auf Immobilien und ähnliches zugreifen. Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke und gleichgestellte Gegenstände ist nur ansatzweise in der Zivilprozeßordnung geregelt (§§ 864 bis 871 ZPO), des näheren aber auf eigene Weise im Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Nicht Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO oder das Verteilungsverfahren der §§ 872 ff. ZPO hilft in der Zwangsversteigerung den Rang wahren, sondern Übernahme des nach §§ 879 ff. BGB, 17 GBO gebildeten Ranges (§ 11 Abs. 1 ZVG) und Reihenfolge des Beschlages (§ 11 Abs. 2 ZVG) in das Gefüge von Klassen zu bedienender Ansprüche (§ 10 ZVG). Das ist auf den ersten Blick nichts anderes als die Rangwahrung mit den beschriebenen Mitteln der Zivilprozeßordnung. Die Klassenbildung in § 10 ZVG enthält allerdings bereits gewisse Abweichung von strikt zeitlich begriffener Priorität. Zusätzliche Abweichung kennen die Zwangsverwaltung (§ 155 Abs. 2 ZVG) und die Zwangsversteigerung ausländischer Luftfahrzeuge (§ 171i ZVG). Den Ausschüttungen liegen stets Teilungspläne zugrunde (§§ 105 ff. ZVG; §§ 156 ff. ZVG).

38 Zur Anschlußpfändung beweglicher Sachen siehe §§ 826 f. ZPO. Zur mehrfachen Forderungspfändung §§ 853 ff. ZPO; gemäß § 857 Abs. 1 ZPO entsprechend auf mehrfache Pfändung anderer Rechte anzuwenden.

39 Nicht nach der Zeitfolge der Vollstreckungsaufträge. Denn der Gerichtsvollzieher führt alle bei ihm bis zur Pfändung eingegangenen Aufträge gleichzeitig aus (§ 168 Nr. 1 GVGA; für Pfändung in der Reihenfolge der Aufträge analog zu § 17 GBO *Knoche/Biersack*, Das zwangsvollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip und seine Vereitelung in der Praxis, NJW 2003, 476 ff.

40 Näher *Becker*, Maßvolle Kreditsicherung, 1999, S. 61 ff., 69 f.

41 Durchzuführen nach HinterlO.

4. Erschließung des gesamten Schuldnervermögens für die Einzelvollstreckung

30 Die Einzelzwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen ist Zugriff einzelner Gläubiger auf einzelne Gegenstände. Sie kennt keine Beschlagnahme des Schuldnervermögens insgesamt zugunsten des einzelnen Gläubigers. Aber immerhin kennt sie die **Erschließung des gesamten Vermögens**, wenn Pfändung beweglichen Vermögens wegen einer Geldforderung keine völlige Befriedigung erbrachte oder voraussichtlich nicht erbringen wird oder wenn der Zugriff unmöglich ist. Der Schuldner muß nicht nur Erkundigungen des Gerichtsvollziehers hinnehmen (§ 806a ZPO). Er muß auch gemäß § 807 ZPO Auskunft über sein Vermögen erteilen, indem er ein Verzeichnis erstellt und dessen Richtigkeit und Vollständigkeit eidesstattlich versichert. Landläufig wird dies (entsprechend älterer Regelung) als »Offenbarungseid« bezeichnet. Das Verfahren zur Abnahme der Versicherung an Eides Statt (§§ 899 ff. ZPO) enthält die Möglichkeit der Erzwingungshaft (§ 901 ZPO). Hier besteht eine Parallele zur Gesamtvollstreckung. Bei dieser ist die Vermögenssichtung zwar Aufgabe des Insolvenzverwalters (§§ 151 ff. InsO)[42]. Aber der Schuldner ist zur Mitwirkung verpflichtet (§ 97 InsO), muß auf Anordnung eidesstattlich erklären, eine Auskunft richtig und vollständig gegeben zu haben (§ 98 Abs. 1 InsO), und wird notfalls mit Zwang zu Mitwirkung und eidesstattlicher Versicherung angehalten (§ 97 Abs. 2 InsO).

31 Eine weitere Gemeinsamkeit mit der Gesamtvollstreckung kann die Einzelvollstreckung in Ansehung der **Publizität** entwickeln. Im Grundsatz bleibt die Einzelvollstreckung diskret (wenngleich sich bei der Zwangsvollstreckung in Grundstücke und andere registrierte Gegenstände der Name des Vollstreckungsschuldners nicht verheimlichen lassen wird). Die Gesamtvollstreckung ist im Interesse des Befriedigungsgleichmaßes durch und durch öffentlich[43]. Die Einzelzwangsvollstreckung wird publik, wenn der Zugriff auf Bewegliches scheitert und der Schuldner die eidesstattliche Versicherung abgibt oder das Amtsgericht einen Haftbefehl zu deren Erzwingung erläßt. Denn dies führt zum Eintrag ins Schuldnerverzeichnis (§ 915 Abs. 1 ZPO)[44].

5. Gleichbehandlung im Rahmen von Haftungshöchstbeträgen

32 Gleichbehandlung von Gläubigern – nicht aller Gläubiger, sondern nur der aus einem bestimmten Ereignis hervortretenden Anspruchsteller – außerhalb eines Insolvenzverfahrens bewirken Entschädigungsregelungen bei Haftungshöchstbeträgen. Beispiele hierfür sind die Produkthaftung (§ 10 ProdHaftG) und die Kraftfahrzeughaftung (§ 12 StVG). Diese Regelungen knüpfen aber nicht unmittelbar an eine Vermögensmasse des Schuldners an, obzwar eine solche in Gestalt von Haftpflichtversicherung tatsächlich bestehen kann oder sogar muß (§ 1 PflichtVG).

6. Gleichmäßige Befriedigung aus Sondermassen

33 Mitunter bildet das Gesetz ohne Insolvenzverfahren oder abseits eines Insolvenzverfahrens Sondermassen, aus deren Verwertung bestimmte Gläubiger gleichmäßige Befriedigung erfahren[45].

34 Das Schiffahrtsrechtliche Verteilungsverfahren tritt zur Abwicklung von Schäden in See- oder Binnenschiffahrt ein. Es schafft eine Haftungsmasse und sorgt für Verteilung hieraus an die Geschädigten (§ 1 Abs. 1 Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung[46]). Genügt die Deckungssum-

42 Siehe unten Rn. 874 f., 932 ff.

43 Zur Publizität des Insolvenzverfahrens unten Rn. 233 ff.

44 So wie auch die Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 26 Abs. 2 InsO). Dazu unten Rn. 501, 747.

45 Siehe auch *Henckel*, Die letzten Vorrechte im Insolvenzverfahren, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 19, 30; *Zimmermann*, S. 6.

46 Gesetz über das Verfahren bei der Errichtung und Verteilung eines Fonds zur Beschränkung der Haftung in der See- und Binnenschiffahrt (Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung – SVertO), vom 25. Juli 1986, BGBl. I 1986, 1130, in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. März 1999,

me in einer Haftpflichtversicherung nicht, um eine Mehrzahl von Schadensersatzgläubigern zu befriedigen, bedient der Versicherer die gegen den Versicherungsnehmer bestehenden Ersatzansprüche gemäß § 109 Satz 1 VVG verhältnismäßig.

35 Eine Reihe weiterer Verteilungsordnungen bezieht sich auf den Finanzmarkt. Sie kommen im Zusammenhang mit dem gewöhnlichen Insolvenzverfahren zum Zuge und erzeugen Vermögensabspaltungen zugunsten bestimmter Gläubiger:

- § 30 Pfandbriefgesetz[47] begünstigt die Pfandbriefgläubiger in der Insolvenz der Pfandbriefbank.
- § 13 Abs. 2 Nr. 1 Gesetz über die Landwirtschaftliche Rentenbank[48] verweist auf die Deckung von Schuldverschreibungen durch Pfandbriefe nach dem vorgenannten Pfandbriefe-Gesetz und begünstigt damit die Einlagegläubiger der Landwirtschaftlichen Rentenbank in deren Insolvenz.
- § 1 Gesetz betreffend die Industriekreditbank Aktiengesellschaft[49] gewährt den Gläubigern aus Inhaberschuldverschreibungen Vorrang in der Insolvenz der Industriekreditbank.
- § 38 Abs. 3 Satz 2 Investmentgesetz[50] nimmt als Sondervermögen eingerichtete Investmentfonds in der Insolvenz der Kapitalanlagegesellschaft aus der Masse aus.
- §§ 32, 33 Depotgesetz[51] erzeugen Vorrang und bilden Sondermassen in der Insolvenz gewisser Wertpapierdienstleister zugunsten ihrer Kunden.
- § 77a VAG gewährt Inhabern von Direktansprüchen und von bestimmten Prämienrückzahlungsansprüchen bevorzugte Bedienung aus dem sogenannten Sicherungsvermögen (§§ 66, 67 VAG).

36 Als ein Insolvenzverfahren hingegen organisieren §§ 315 ff. InsO die Verwertung des Nachlasses zu gleichmäßiger Bedienung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßinsolvenzverfahren). Gleiches findet sich mit dem Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 332 InsO) und mit dem Insolvenzverfahren über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut bei bestehender Gütergemeinschaft (§§ 333 f. InsO). In diesen Fällen ist bemerkenswert, daß das Insolvenzverfahren **ausnahmsweise** nicht das gesamte Vermögen eines Schuldners erfaßt. Man könnte das auch umgekehrt dahin ausdrücken, daß das Gesetz eine Sondermasse, über deren Eigner als die wahren Schuldner hinwegsehend, fiktiv mit Schuldnereigenschaft ausstattet. Das Nachlaßinsolvenzverfahren darf man nicht mit dem Aufgebot zur Meldung der Nachlaßgläubiger verwechseln, das der Erbe gemäß §§ 1970 BGB, 433 ff. FamFG veranlaßt, um sich einen Überblick über die Nachlaßverbindlichkeiten zu verschaffen. Auch von der haftungsbegrenzenden Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) gemäß §§ 1975 ff BGB, angestoßen durch den Erben (§ 1981 Abs. 1 BGB) oder einen Nachlaßgläubiger (§ 1981 Abs. 2 BGB), muß man den Nachlaßkonkurs unterscheiden.

37 Schließlich hat die Liquidation einer beendeten Gesellschaft ohne Insolvenzverfahren Ähnlichkeit mit der geregelten Befriedigung im Insolvenzverfahren. Im Falle der Gesellschaft bürgerlichen Rechts beispielsweise verlangt das Gesetz Umsetzung des Vermögens in Geld (§ 733

BGBl. I 1999, 530, berichtigt BGBl. I 2000, 149, zuletzt geändert am 23. November 2007, BGBl. I, 2007, 2614.

47 Pfandbriefgesetz (PfandBG), vom 22. Mai 2005, BGBl. I 2005, 1373, zuletzt geändert am 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2512.

48 Gesetz über die Landwirtschaftliche Rentenbank, vom 11. Mai 1949, Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1949, 77, in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2002, BGBl. I 2002, 3646, zuletzt geändert am 25. Juni 2009, BGBl. I 2009, 1506.

49 Gesetz betreffend die Industriekreditbank Aktiengesellschaft, vom 15. Juli 1951, BGBl. I 1957, 447, zuletzt geändert am 29. Oktober 2001, BGBl. I 2001, 2785.

50 Investmentgesetz (InvG), vom 15. Dezember 2003, BGBl. I 2003, 2676, zuletzt geändert am 30. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2479.

51 Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz – DepotG), vom 4. Februar 1937, RGBl. I 1937, 171, in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Januar 1995, BGBl. I 1995, 34, zuletzt geändert am 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2512.

Abs. 3 BGB), soweit es zur Berichtigung der Gesellschaftsschulden und zur Einlagenrückerstattung notwendig ist. Die Gesellschaftsschulden sind zunächst abzutragen (§ 733 Abs. 1 BGB). Erst dann folgt die Erstattung der Einlagen an die Mitglieder und gegebenenfalls die Verteilung eines Restes an sie (§§ 733 Abs. 2, 734 BGB; vergleiche im Insolvenzverfahren § 199 Satz 2 InsO). Keine Ähnlichkeit mit der geordneten Befriedigungsfolge des Insolvenzverfahrens weist die Pflicht des Bauträgers, Baubetreuers oder Generalunternehmers nach § 1 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen[52] auf, empfangenes Baugeld zweckentsprechend zu verwenden. Das Gesetz sieht keine bestimmte Auszahlungsabfolge vor[53].

7. Gleichordnung im Insolvenzverfahren

Das Insolvenzverfahren schließlich stellt das gesamte Vermögen eines Schuldners in den Dienst gleichmäßiger Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen vermögenswerten Anspruch haben, mithin der Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO)[54]. Im Prinzip findet unter ihnen keine Klassen- oder Rangbildung statt. Nur wenige Positionen bezeichnet das Gesetz unter Klassenbildung als nachrangig (§ 39 InsO; ferner §§ 327, 331 Abs. 1 InsO). Freilich sind die Insolvenzgläubiger abgerückt von den dinglichen Gläubigern (teilweise als Aus- und Absonderungsberechtigte in §§ 47 f., 49 ff. InsO erfaßt)[55], von den persönlichen Gläubigern, deren Anspruch kein Vermögensanspruch ist, und von den Massegläubigern (§ 53 InsO). Die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger mit Nachrangigkeit bestimmter Ansprüche ist für das Insolvenzverfahren von derart **grundlegender Bedeutung**, daß sogar die privatautonome Abwicklung gemäß einem Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO)[56] über den Unwillen einzelner Beteiligter hinweggehen kann, wenn das Ergebnis für die den Plan Ablehnenden nicht schlechter wird als im Falle der Liquidation nach dem Gesetz und gleichmäßiger Ausschüttung hiernach (§§ 245 f. InsO). **38**

IV. Entwicklung des Insolvenzrechts

Literatur: *Anlauf*, Vorgänger der Restschuldbefreiung nach heutigem Insolvenzrecht. Von der landwirtschaftlichen Entschuldungsgesetzgebung der Weimarer Republik über die NS-Schuldenbereinigung zur heutigen Restschuldbefreiung, 2006; *Anlauf*, Die Restschuldbefreiung – ein Novum im deutschen Recht?, DZWIR 2007, 146 ff.; *Balz*, Aufgaben und Struktur des künftigen einheitlichen Insolvenzverfahrens, ZIP 1988, 273 ff.; *Bauer*, Der Insolvenzplan. Untersuchungen zur Rechtsnatur anhand der geschichtlichen Entwicklung, 2009; *Becker*, Bancarottierer, KTS 2008, 1 ff.; *Bethmann-Hollweg*, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, 1865–1874 (Nachdruck 1959); *Breßler*, Schuldknechtschaft und Schuldturm. Zur Personalexekution im sächsischen Recht des 13.-16. Jahrhunderts, 2004; *Dabelow*, Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, 1801; *Endemann*, Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zu der deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877, ZCP 12 (1888), 24 ff.; *Forster*, Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts, 2009; *Gassert-Schumacher*, Privilegien in der Insolvenz, 2002, S. 3 ff.; *Gestrich/Stark*, Überschuldung im ländlichen Kreditwesen im 18. und 19. Jahrhundert, ZVI-Sonderheft 2009, 23 ff.; *Götz*, Entwicklungslinien insolvenzrechtlicher Überschuldungsmessung, KTS 2003, 1 ff.; *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 4, Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881 (Nachdruck 1983); *Hellmann*, Das Konkursrecht der Reichsstadt Augsburg, 1905; *Hellmann*, Zur Geschichte des Konkursrechts der Reichsstadt Ulm, 1905; *Heppekausen*, Die Kölner Statuten von 1437, 1999, S. 116 ff.; *Herr-*

52 Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, vom 1. Juni 1909, RGBl. 1909, 449, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2436.

53 Hervorgehoben von BGH, Urteil vom 6. Juni 1989 – VI ZR 281/88, NJW-RR 1989, 1045, 1046; BGH, Urteil vom 12. Dezember 1989 – VI ZR 311/88, NJW-RR 1990, 914.

54 Zur Stellung als Insolvenzgläubiger siehe unten Rn. 254 ff., 1244 ff. (§ 28), 1271 ff. (§ 29).

55 Zu Aussonderung unten Rn. 962 ff. (§ 22); zur Absonderung unten Rn. 1208, 1238, 1353 ff. (§ 30 III).

56 Zum Insolvenzplan unten Rn. 1600 ff. (§ 34); Rn. 1678.

mann-Otto/Bissen/Rollinger, Schuldner/ Gläubigerbeziehungen im römischen Senatorenstand, ZVI-Sonderheft 2009, 37 ff.; *Hofer*, »So haben Wir zu Beförderung des Credits vor nöthig befunden (...)« – Kreditsteuerung durch Konkursrecht in der frühen Neuzeit, ZNR 2004, 177 ff.; *Hofmann*, Zur Geschichte der Reform des Insolvenzrechts, DRiZ 1994, 411 ff.; *Irsigler*, Hildebrand Veckingchusen: Ein spätmittelalterlicher Hansekaufmann in der Schuldenfalle, ZVI-Sonderheft 2009, 46 ff.; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., 2008, §§ 85, 87; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1996, §§ 20, 21 (S. 131 ff.), §§ 56, 57 (S. 383 ff.), 96 (S. 623 ff.); *Kießner*, in: Braun, Einführung, Rn 1 ff.; *Kohler*, Konkursrechtliche Studien, AcP 81 (1893), 329 ff.; *Kohler*, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., 1903; *Kroppenberg*, Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens, 2001; *Meili*, Die geschichtliche Entwicklung des internationalen Konkursrechtes, 1908; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, Einleitung, Rn. 1 ff.; *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 21 ff.; *Paulus*, Entwicklungslinien des Insolvenzrechts, KTS 2000, 239 ff.; *Paulus*, Ein Kaleidoskop aus der Geschichte des Insolvenzrechts, JZ 2009, 1148 ff.; *Prütting*, in: Kübler/Prütting, Einleitung, Rn. 4 ff.; *Schmidt-Räntsch*, Das Insolvenzrecht nach dem Einigungsvertrag, DtZ 1990, 344 ff.; *Schnabel-Schüle/Wirtz*, Hospitäler als Kreditgeber im Spätmittelalter und der frühen Neuzeit, ZVI-Sonderheft 2009, 54 ff.; *Schubert*, Die Insolvenzrechtsreform in der Weimarer Zeit und der NS-Zeit, KTS 1993, 323 ff.; *Seuffert*, Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899; *Seuffert*, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, 1888; *Smid*, Grundzüge, § 1.V.2.a; *Spann*, Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung, 2004; *Stürner*, in: MünchKomm, Einleitung, Rn. 25 ff.; *Thieme*, Zur Entstehung der Konkursordnung, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 35 ff.; *Trinkner*, Wiedereinführung der altorientalischen Schuldknechtschaft durch die Insolvenzordnung, BB 1992, 2441 ff.; *Uhlenbruck*, Einhundert Jahre Konkursordnung, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3 ff.; *Uhlenbruck*, Zum Stand der Insolvenzrechtsreform, DRiZ 1982, 161 ff.; *Uhlenbruck*, 5 Jahre InsO – Kein Grund zum Feiern, ZIP 2004, 1, 2; *Uhlenbruck*, Vom »Makel des Konkurses« zur gesteuerten Insolvenz, in: Festschrift Gerhardt, 2004, S. 979 ff.; *Uhlenbruck*, Zur Geschichte des Konkurses, DZWIR 2007, 1 ff.; *Vollmershausen*, Vom Konkursprozess zum Marktbereinigungsverfahren. Das deutsche Konkursverfahren vom Jahr 1700 bis heute, 2007; *Wagner*, § 1 InsO, Rn. 3; *Weis*, in: Hess, Einleitung vor § 1 InsO, Rn. 15 ff.; *Wimmer*, Die Besonderheiten von Sekundärinsolvenzverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Insolvenzübereinkommens, ZIP 1998, 982 ff.; *Zipperer*, Vorbild Rom – eine Studie, KTS 2007, 21 ff.

39 Wer die Umschreibung von Recht als Regelwerk mit hoheitlicher Durchsetzung annimmt, findet Rechtsgeschichte von Anfang an als Geschichte des Vollstreckungsrechts greifbar. Zwar war nicht von jeher der Vollstreckung eine Zweigleisigkeit der Verfahren unter Trennung zwischen Zugriff durch oder für einen einzelnen Gläubiger einerseits und Zugriff durch oder für alle Gläubiger andererseits zu eigen. Aber seit jeher finden sich Elemente dessen, was wir heute als Einzelzwangsvollstreckung oder als Gesamtvollstreckung bezeichnen.

1. Antike

40 Für das alte Rom wird angenommen, daß Zwangsvollstreckung fast immer **Personalexekution** gewesen sei. Nach gewonnenem Prozeß verhaftete der Gläubiger den Schuldner (*manus iniectio*, Handanlegen), nicht allein sein Vermögen oder gar nur ein einzelnes Vermögensstück. Das Recht der Zwölftafeln (451 v. Chr.) überließ es der Willkür des Gläubigers, den Schuldner zu töten, wenn eine gewisse Zeit verstrichen war, ohne daß der Schuldner ausgelöst worden wäre[57]. Tatsächlich wird der Gläubiger sich regelmäßig damit begnügt haben, den Schuldner in Schuldknechtschaft zu halten, das heißt, ihn die Schuld durch seine Arbeit abtragen zu lassen. Später wurde die Personalexekution auf Wegführung in die Schuldknechtschaft beschränkt. Schuldknechtschaft ist in der Antike das Vollstreckungsmittel schlechthin. Sie begegnet bei-

57 Zwölftafeln 3.1 bis 3.6. Ausgabe: *Düll*, Das Zwölftafelgesetz, 7. Aufl., 1995.

spielsweise im altbabylonischen Recht eines *Codex Hammurapi* aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts v. Chr.[58] und in den mosaischen Gesetzen aus dem 13. Jahrhundert v. Chr. (deren Überlieferung im Alten Testament mit seiner uns heute bekannten Gestalt[59] freilich jünger ist).

Noch in der republikanischen Zeit Roms entwickelt sich neben der Personalexekution die Voll- 41
streckung in das Schuldnervermögen (**Realexekution**) ohne Zugriff auf die Person des Schuldners. Die Vermögensexekution ist grundsätzlich Generalexekution, das heißt Gesamtvollstreckung. Sie erfolgt zugunsten sämtlicher Gläubiger, ist mithin Konkurs. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist keine Voraussetzung. Der Prätor weist den die Initiative ergreifenden Gläubiger in das Schuldnervermögen ein (*missio in bona*), das dadurch unter Beschlag gerät. Der federführende Gläubiger hat das Vermögen jedoch nur zu sichern. Die vom Prätor einberufene Gläubigerversammlung wählt aus ihrer Mitte einen Versteigerer (*magister bonorum*), der das Vermögen zum Höchstgebot fortgibt (*venditio bonorum*). Aus dem Erlös werden die Gläubiger bedient.[60] Die Veräußerung des Schuldnervermögens kam auch dann in Gang, wenn der Schuldner sich ordentlichem Rechtsstreit entzog[61]. Seit der Zeitenwende konnte überdies der in Vermögensverfall geratene Schuldner, wenn ihn an seinem Ruin keine Schuld traf, selbst die Initiative ergreifen und sein Vermögen den Gläubigern übertragen (*cessio bonorum*)[62]. Dem attischen Recht war damals schon seit langem bei Unfähigkeit des Schuldners, seine Gläubiger zu befriedigen, die Überlassung des gesamten Vermögens an die Gläubiger bekannt[63]. Einzelvollstreckung (Spezialexekution) ist in Rom anfänglich auf Ausnahmefälle beschränkt, wird aber in der Kaiserzeit allgemein zulässig. Stück für Stück werden nun Gegenstände aus dem Schuldnervermögen veräußert (*distractio bonorum*), bis der Gläubiger befriedigt ist[64]. Der Konkurs bildet sich zurück und ist dann auf Fälle der Insolvenz beschränkt. Auch im Konkurs wird nicht mehr das Vermögen als Ganzes veräußert, sondern die im Vermögen des Schuldners enthaltenen Gegenstände einzeln (auch hier also *distractio bonorum* statt *venditio bonorum*[65]).

2. Mittelalter

Im mittelalterlichen Deutschland gilt, der Zersplitterung von Herrschaft entsprechend, eine 42
Unzahl von Verfahrensordnungen für die Anspruchsverwirklichung. Man trifft Elemente der **Personalvollstreckung** ebenso an wie Elemente der **Vermögensvollstreckung**. Das Lübecker Stadtrecht aus der Zeit um 1230 verheißt dem zweiten und dem dritten Gläubiger dieselben Befriedigungsaussichten wie dem ersten, welcher wegen einer offenen Forderung das Vermögen

58 §§ 114 ff. *Codex Hammurapi*. Ausgabe: *Haase*, Die keilschriftlichen Rechtssammlungen in deutscher Fassung, 2. Aufl., 1979, S. 29 ff.

59 Siehe *Exodus* 21.2 ff.; *Leviticus* 25.10; *Nehemia* 10.32; *Jeremia* 34.8 ff. Zum Ende der Schuldknechtschaft im siebten Jahr oder im Jubeljahr nach siebenmal sieben Jahren siehe unten Rn. 53 und *Becker*, Maßvolle Kreditsicherung, 1999, S. 434.

60 Die Vollstreckung um 160 n. Chr. beschrieben von *Gaius*, Institutiones, 3.77 ff. Lateinische Ausgabe: Gai institutiones secundum codicis veronensis apographum, herausgegeben von *David*, 1964. Deutsche Übersetzung von *Huchthausen*, in: *Huchthausen/Härtel*, Römisches Recht, 4. Aufl., 1991, S. 9 ff.

61 *Gaius*, Institutiones, 3.78.

62 *Gaius*, Institutiones, 3.78. Siehe auch Digesten 42.3. Lateinische Ausgabe der Digesten: Corpus Iuris Civilis. Institutiones, recognovit Paulus Krueger. Digesta, recognovit Theodorus Mommsen, retractavit Paulus Krueger, 17. Aufl., 1963, fortlaufend nachgedruckt. Deutsche Ausgaben der Digesten: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, II ff., 1995 ff. (bislang bis Buch 27); *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt, 4 Bände, 1830 ff. (komplett).

63 *Lipsius*, Das attische Recht und Rechtsverfahren, Drei Bände, 1905 bis 1915, Nachdruck in einem Band, 1966, S. 734 f.

64 So bei *Iulianus*, Digesten 42.7.5.

65 Siehe Institutionen 3.12.pr. Lateinische Ausgabe der Institutionen: Corpus Iuris Civilis. Institutiones, recognovit Paulus Krueger. Iustiniani Institutiones, recognovit Paulus Krueger, 17. Aufl., 1963, fortlaufend nachgedruckt. Deutsche Ausgaben der Institutionen: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, I, 2. Aufl., 1997.

(*facultates*) des Schuldners in Beschlag (*occupare*) nimmt[66]. Schwierigkeiten bereitet es, die Herkunft der Regelwerke zu erklären. Zweifelsohne ist die Feststellung berechtigt, daß die vom hochmittelalterlichen Universitätsstudium ausgehende Rezeption römischen Rechts[67] nicht allein auf dem Gebiet des materiellen Rechts, sondern auch und gerade auf dem Gebiet des Verfahrensrechts stattfand. Eine Nahtstelle zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht, von der aus wissenschaftlich durchdrungen römisches Vollstreckungsrecht prägende Wirkung entfalten konnte, war möglicherweise die Dogmatik von Vollstreckungsprivilegien und Rangabstufungen von Pfandrechten[68]. Wo jedoch genau die Berührung mit römischem Recht ursächlich für eine bestimmte, schriftlich nachgewiesene Ausgestaltung wurde, ist im einzelnen kaum sicher zu sagen. Wie im materiellen Recht ließ die Anreicherung eigener Verfahrenstraditionen mit Gedanken des römischen Verfahrensrechts Regeln entstehen, die mangels Vergleichsmöglichkeit aus älteren Aufzeichnungen – und nur so hätten wir Kunde von früheren Entwicklungsstufen – schon im Augenblick ihrer Niederschrift nicht mehr klar in heimische Rechtseinrichtung und rezipiertes Gut zu scheiden sind. Immerhin aber läßt sich der Befund erheben, daß die römische Errungenschaft einer Trennung von Einzelvollstreckung und Gesamtvollstreckung zu gleichmäßiger Gläubigerbedienung nur allmählich gemeines Recht wird.

43 Verhaftung des Schuldners und Beschlagnahme seines Vermögens ist zunächst lediglich eilige Handhabe, um Gefahr für die Befriedigung eines Gläubigers abzuwehren. Die Arrestierung führt ein Vollstreckungsbeamter, der Fronbote, aus. Sie trifft vor allem den Fremden, den Nichtortsansässigen. Der Einheimische erleidet Arrest bei Fluchtgefahr. Die Fluchtgefahr des Einheimischen wiederum leitet sich aus Zahlungsunfähigkeit ab. Nichtsdestoweniger bedarf die Forderung des betreibenden Gläubigers noch der Klärung. Bei der anschließenden Befriedigung gilt der Grundsatz der Priorität. Doch kennt bereits das Hamburger Stadtrecht von 1270 eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger, nachdem der erste in gewissem Umfang auf dasjenige Gut zugriff, welches der heimlich sich absetzende Schuldner in der Stadt zurückließ[69]. Ähnlich verhielt es sich beim Kummerverfahren im spätmittelalterlichen Köln[70]. Nicht überall allerdings läßt sich den überlieferten Quellen zur Zwangsvollstreckung klare Auskunft darüber abgewinnen, wie im Falle einer Mehrheit von Gläubigern zu verfahren ist. So ist beispielsweise die Tragweite des Verwertungsverfahrens nach der Augsburger Gantordnung vom Jahre 1447 nicht klar erkennbar[71]. Diese Ordnung beschreibt das korrekte Vorgehen für das Ergreifen von Pfändern und deren Verwertung. Sie sagt aber nichts über eine Erlösverteilung unter mehrere Gläubiger und nichts darüber, ob nur die aufgefundenen und ergriffenen Dinge des Schuldners als Pfänder Verfahrensgegenstand sind oder ob prinzipiell alles Vermögen des Schuldners unter Beschlag ist, auch wenn man es noch nicht fand.

3. Neuzeit

44 Am Ausgang des Mittelalters tritt die Eigenschaft des Zugriffs auf das gesamte Vermögen als Eilmaßnahme zur Unterstützung individuellen Vorgehens zurück. Aus dem Arrestverfahren entwickelt sich der **Gantprozeß oder Konkursprozeß** als ein allgemeines Instrument zur gleichmäßigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (ohne Gleichsetzung der Zahlungsunfähigkeit mit Fluchtverdacht)[72]. Nach dieser Entwicklung zeigt die Neuzeit den Konkurs als gegenüber der Einzelzwangsvollstreckung verselbständigt und stärker an der Erkenntnisaufgabe des gewöhnlichen Zivilprozesses ausgerichtet. Dementsprechend treten Konkursverfahrensordnungen (Gantordnungen) als gegenüber den Vorschriften der Einzelzwangsvollstreckung gesonderte (wenngleich nicht notwendig in abgetrennte Ge-

66 Zusatz 128 Lübecker Stadtrecht. Abgedruckt bei *Planitz*, Quellenbuch der Deutschen, Österreichischen und Schweizer Rechtsgeschichte einschließlich des Deutschen Privatrechts, 1948, Nr. 272.

67 Über sie *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl., 2005, S. 36 ff.

68 Daher ist *Forster*, Konkurs als Verfahren, S. 126 ff., beizupflichten, wenn er seine Schilderung der gemeinrechtlichen Entwicklung des Konkurses im Mittelalter an Privileg und Pfandgläubigerschaft ansetzt.

69 6.15 Hamburger Stadtrecht 1270. Abgedruckt bei *Planitz*, Quellenbuch, Nr. 330.

70 Siehe *Heppekausen*, S. 143 f.

71 Abdruck der Augsburger Gantordnung von 1447 bei *Spann*, S. 275 ff.

72 *Spann*, S. 202 ff.

setzbücher verlagerte) Regelwerke auf. Die Eilmaßnahmen, namentlich die Verhaftung eines fluchtverdächtigen Schuldners, sterben deswegen allerdings nicht ab[73]. Beispiele für die mehr oder minder intensive eigenständige Regelung der Gesamtverfahren liefern das Freiburger Stadtrecht von 1520[74] und die Fallitenordnung der Stadt Augsburg von 1574[75] – während noch etwa die Nürnberger Reformation von 1479[76] das Gesamtverfahren nicht aus der Vollstreckung überhaupt hervortreten läßt.

Die Regelsetzung erschöpft sich nicht in der Ordnung der Gläubigerbefriedigung, wenngleich 45
die Klassifizierung der Gläubigerschaft zentrale Bedeutung aufweist[77]. Vielmehr wird sie um Bestimmungen zum Umgang mit insolventen Personen ergänzt. Ein Beispiel hierfür stellt die Reichspolizeiordnung vom Jahre 1548, verabschiedet auf einem Augsburger Reichstag, dar. In ihr versagte sich der Kaiser für die Zukunft die Gewährung von Zahlungsaufschüben. Solche Moratorien hatten nicht allein unverschuldet in Not geratene, sondern auch in übermäßiger Pracht und unordentlich lebende, betrügerische und flüchtige Kaufleute erwirkt. Derartigen »verdorbenen Kaufleuten« durfte keines Ortes Obrigkeit mehr Aufnahme gewähren, und zu jeglichem Amt waren sie untauglich[78].

In Bayern schuf das aus mehreren Teilgesetzen zusammengesetzte Landrecht von 1616 im drit- 46
ten Teil »Gandtproceß der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn« mit dem Gantprozeß ein gesondertes Regelwerk zur Befriedigung einer Gläubigervielzahl[79]. Dieser Gantprozeß hebt sich als ein summarischer Prozeß[80] von der hergebrachten und weiterhin als solcher bezeichneten Gant als dem Verwertungsverfahren in der Einzelvollstreckung ab, geregelt im vierten Teil »Landrecht der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayern«[81]. Später regelte die Gerichtsordnung vom Jahre 1753 neben anderem auch den Concursprozeß[82].

Preußen erhielt im Jahre 1722 eine Hypotheken- und Konkurs-Ordnung. Eine großangelegte 47
Gesetzrevision brachte das *Corpus Iuris Fridericiani* mit seiner den Konkurs einschließenden Prozeß-Ordnung hervor[83]. Daraus entstand die Allgemeine Gerichtsordnung vom Jahre 1793,

73 Über Unzulässigkeit der Verhaftung eines Schuldners mit Ausnahme der Fluchtgefahr, da Gefängnisse nur um der strafbaren und schädlichen Menschen willen erbaut seien, *Andreas Gaill* (1525–1587), Practicarum Observationum Deß Hochlöblichen Cammer-Gerichts Speyr/etc. Zwey Bücher, München, 1673, Buch 1, Observatio 26 (S. 84 ff.). Über Haft als Zwangsmittel oder Befriedigungsersatz (Schuldner soll Schuld abarbeiten) *Breßler*, Schuldknechtschaft und Schuldturm; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band I. Älteres Gemeines Recht, 1985, § 78.I.2, Band II. 19. Jahrhundert, 1989, § 84.II.2; *Spann*, S. 182 f., 215 ff.

74 Traktat 1 Titel 13 Freiburger Stadtrecht. Ausgabe: Nüwe Stattrechten und Statuten der loblichen Statt Fryburg im Pryßgow gelegen, ohne Ort, 1520, Nachdruck 1968. Weitere Beispiele, nicht allein aus Deutschland, bei *Paulus*, KTS 2000, 239, 242 f.

75 Fallitenordnung vom 3. Juli 1574. Ausgabe in: *Haßler*, Der Ausgang der Augsburger Handelsgesellschaft David Haug, Hans Langnauer und Mitverwandte (1574–1606), 1928, S. 52 f.

76 Titel 11 Nürnberger Reformation. Ausgabe: In diser nachvolgenden Tafel oder Register werden begriffen die Titel und uberschrift der gesetze der Newen Reformacion der Stat Nuremberg, Nürnberg, 1584, Nachdruck 1984.

77 Über Bildung von Gläubigerklassen in neuzeitlicher Gesetzgebung und gemeinrechtlicher Literatur siehe *Forster*, Konkurs als Verfahren, S. 160 ff.

78 Reichspolizeiordnung 1548, Titel 22. Ausgabe: Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, Franckfurt am Mayn, 1737; Zweyter Theil, S. 587 ff.

79 Ausgabe: Gandtproceß der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn, München, 1614 (richtig: 1616), das ist in: Landrecht/Policey- Gerichts- Malefitz- und andere Ordnungen. Der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn, München, 1616, S. 63 ff.; näher *Spann*, S. 202 ff.

80 1.2 Gantprozeßordnung 1616.

81 Gant als Einzelvollstreckung in 15.10 ff. Landrecht der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn 1616. Ausgabe: *Günter*, Das Bayerische Landrecht von 1616, 1. Halbband: Text, 1969. Dazu *Spann*, S. 196 ff.

82 Kapitel 19 Codex Juris Bavarici Judiciarii. Ausgabe: Codex Juris Bavarici Judiciarii oder bayerische Gerichtsordnung vom Jahre MDCCLIII, München, 1841.

83 Theil 2 Titel 26 Prozeß-Ordnung. Ausgabe: Corpus Juris Fridericianum. Erstes Buch. Von der Prozeß-Ordnung, Berlin, 1781, Nachdruck in 2 Bänden, 1994.

worin der Konkursprozeß als Sonderform des Erkenntnisverfahrens breiten Raum einnimmt[84]. Im Folgejahr tritt das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten in Kraft. Das Landrecht von 1794 tastet die Gerichtsordnung nicht an. Doch ist die Justizgewähr als Pflicht des Staates, durch seine Gerichtsbarkeit für die Sicherheit der Einwohner nach Person und Vermögen besonders ausgedrückt (2.17.3 ALR). Die Gerichtsverfassung ist immerhin in ihren Grundzügen geordnet (2.17.4 ff. ALR). Betreffend den Concurs weist das Landrecht eine beeindruckende Zahl von Regelungen über Vorzugsrechte auf[85]. Die Einzelheiten des Verfahrensrechts bleiben indessen den bestehenden Prozeßgesetzen überantwortet.

48 Vollkommene Angleichung an den individuellen Zivilprozeß erfährt der Konkurs bei seiner Eingliederung in den Kranz der Prozesse nicht. Besonderheiten aus der Vielzahl der Beteiligten bleiben stets erhalten. Das ermöglicht noch im achtzehnten Jahrhundert eine Tendenz zur Wiederablösung des Konkurses, fort von einem Erkenntnisverfahren mit anschließender Vollstreckung hin zu einem weitgehend erkenntnisfreien, eher administrativen Befriedigungsverfahren[86]. Ein Beispiel ist die Hamburger Falliten-Ordnung vom Jahre 1753[87]. Ihre Vorrede, welche übrigens nachdrücklich Wert auf die Rehabilitation des unverschuldet Fallierten legt, beschreibt den Konkursprozeß als zu kostspielig. Statt dessen soll ein Verwalter zunächst einmal die Masse, das Vermögen eines Insolventen, erfassen und bereinigen, die Schulden sichten und vorrangige Gläubiger vorab bedienen. Dann versuchen die Gläubiger, zu einem Accord (Vergleich), das heißt zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen (Art. 46 bis 74). Erst wenn dieser Versuch scheitert, geht das Verfahren in einen gestrafften Konkursprozeß über (Art. 75 ff.). Isoliert vom sonstigen Verfahrensrecht steht der Konkurs auch im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von Friedberg Scheer aus dem Jahr 1792[88]. Der Konkurs erscheint dort im Zusammenhang des Sachenrechts unter dem Gesichtspunkt einer Vermögensbeschwerung. Das neunzehnte Jahrhundert erzeugte dann allerorten Neuordnungen des Konkurses, welche von den Strukturen des Zivilprozesses deutlich abrückten und nach der Gründung des Deutschen Reiches dem Reichsgesetzgeber zum Vorbild dienten. Zu erwähnen sind neben anderem das Dritte Buch (*Des faillites et des banqueroutes*) des im Westen Deutschlands (im Gebiet des »Rheinischen Rechts«) geltenden französischen Handelsgesetzbuches (*Code de commerce*) über den Konkurs von Kaufleuten (*commerçants*) aus dem Jahre 1807[89], die preußische Konkursordnung vom Jahre 1855[90] sowie die Bayerische Prozeßordnung des Jahres 1869, welche in eigenen Hauptstücken den Konkurs als sogenannte Gant behandelt[91].

4. Moderne

a) Reichsjustizgesetze

49 Ein gewaltiger Schritt staatlicher Integration gelang dem Deutschen Reich mit den sogenannten **Reichsjustizgesetzen** vom Jahre 1877. Sie überwanden die territoriale Vielfalt des Verfahrensrechts. Gerichtsverfassung, Zivilprozeß, Konkurs und Strafprozeß waren fortan reichsweit vereinheitlicht – zwei Jahrzehnte vor der Vereinheitlichung des Bürgerlichen Rechts. Der Konkurs

84 Theil 1 Titel 50 Allgemeine Gerichtsordnung. Ausgabe: Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, Erster Theil. Prozeßordnung, Berlin, 1795.

85 Siehe Stichwort »Concurs« im Register der Ausgabe *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 3. Aufl., 1996, S. 754 f.

86 Über die Entwicklung vom Konkursprozeß zum Liquidationsverfahren siehe *Vollmershausen*.

87 Ausgabe: Der Stadt Hamburg Neue Falliten-Ordnung. Auf Befehl E. Hochedlen Raths publicirt d. 31. Aug. 1753, Hamburg, ohne Jahr.

88 Ausgabe: Allgemeines Bürgerliches Gesätzbuch für die Reichsgefürstete Grafschaft Friedberg Scheer, Erster Theil, Regensburg, 1792.

89 Artikel 437 ff. Code de commerce. Ausgabe: Code de commerce, Paris, 1807.

90 Kommentierte Ausgabe: *Wentzel/Klose*, Die Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855, Berlin, 1855.

91 Artikel 1173 ff. Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern. Amtliche Ausgabe: München, 1869.

war in der Konkursordnung vom 10. Februar 1877[92] geregelt. Bereits die Formulierung eines ihm allein gewidmeten Gesetzes hob den Konkurs deutlich von Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung, geregelt in der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877[93], ab. Alle Verfahrensarten aber fußten gleichermaßen auf den Justizeinrichtungen des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877[94]. Von Anfang an war der Konkurs nicht allein ein Verfahren zur Vermögenszerschlagung, sondern kannte die Alternative des Zwangsvergleichs, einer Verständigung zwischen den Beteiligten mit Überwindung von ablehnenden Minderheiten[95]. Lediglich privatautonome Bemühungen zur Bewältigung der Insolvenz ohne Konkurs erhielten keinen ordnenden Rahmen eines Verfahrens. Zu Beginn des ersten Weltkrieges wurde dies für den kaufmännischen Bereich nachgeholt. Eine Verordnung des Bundesrates über die Geschäftsaufsicht[96] schuf zugunsten notleidender Unternehmen ein Reglement für einen Zahlungsaufschub; dem Schuldner war eine Aufsichtsperson beizugesellen, die die Fortführung des Geschäfts überwachte und für schrittweise Befriedigung der Gläubiger nach billigem Ermessen sorgte. Zwei Jahre darauf erzeugte eine Verordnung des Bundesrates[97] die Möglichkeit, die Geschäftsaufsicht in ein gerichtliches Verfahren mit dem Ziel eines Zwangsvergleiches übergehen zu lassen. Nach und nach wurde das Anwendungsfeld für den gerichtlichen Vergleich ausgedehnt[98]. Allgemein wurde das Instrumentarium im Jahre 1927 mit dem Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses[99], erneuert als Vergleichsordnung im Jahre 1935[100].

b) Konkursrecht im geteilten Deutschland

Das Insolvenzrecht des Deutschen Reiches galt, wiewohl beinahe von Anfang an Gegenstand ständiger Reformanstrengungen[101], nach dem Zweiten Weltkrieg in allen vier Besatzungszonen und später sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in der Deutschen Demokratischen Republik fort. Seine Fortentwicklung in den beiden Teilen Deutschlands verlief jedoch gespalten. Bereits im Jahre 1975 fand die Deutsche Demokratische Republik mit der Gesamtvollstreckungsverordnung[102] zu einem ganz neuen Regelwerk. Kurz vor Beginn der Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion mit der Bundesrepublik Deutschland[103] wurde die Gesamtvollstreckungsverordnung neu gefaßt[104]. Die Verordnung beeindruckt durch ihre Kürze, doch tat der Verordnungsgeber in seinem offensichtlichen Bemühen um Überschaubarkeit etwas zu viel des Guten. Bei der Wiedervereinigung wurde das Gesamtvollstreckungsrecht der Deutschen 50

92 RGBl. 1877, 351. Zur Entstehung *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4.

93 RGBl. 1877, 83.

94 RGBl. 1877, 41.

95 §§ 160 ff. KO 1877 (daraus wurden §§ 173 ff. KO in der Neufassung vom 20. Mai 1898, RGBl. 1898, 369). Entsprechend dem »Akkord« nach §§ 181 ff. preußische Konkursordnung. Hingegen verlangte Art. 1316 Proceßordnung für das Königreich Bayern die Zustimmung aller Gläubiger.

96 Bekanntmachung, betreffend die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens, vom 8. August 1914, RGBl 1914, 363.

97 Bekanntmachung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses, vom 14. Dezember 1916, RGBl. 1916, 1363 ff.

98 Verordnung zur Änderung der Geschäftsaufsichtsverordnung, vom 8. Februar 1924, RGBl. I, 1924, 51; Verordnung zur Änderung der Geschäftsaufsichtsverordnung, vom 14. Juni 1924, RGBl. I, 1924, 641.

99 Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung), vom 5. Juli 1927, RGBl. I, 1927, 139.

100 Vergleichsordnung, vom 26. Februar 1935, RGBl. I, 1935, 321, berichtigt RGBl. I, 1935, 356.

101 Siehe *Balz*, ZIP 1988, 273 ff.; *Hofmann*, DRiZ 1994, 411 ff.; *Schubert*, KTS 1993, 323 ff.; *Uhlenbruck*, 5 Jahre InsO – Kein Grund zum Feiern, ZIP 2004, 1, 2; <, DRiZ 1982, 161 ff.

102 Verordnung über die Gesamtvollstreckung, vom 18. Dezember 1975, GBl. DDR I, 1976, 5.

103 Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, vom 18. Mai 1990, BGBl. II 1990, 537 = GBl. DDR I, 1990, 285.

104 Verordnung über die Gesamtvollstreckung (Gesamtvollstreckungsverordnung), vom 6. Juni 1990, GBl. DDR I, 1990, 285.

Demokratischen Republik nicht durch das Konkursrecht der Bundesrepublik Deutschland ersetzt. Denn die Konkursordnung war bereits auf dem Wege, von der im Entstehen begriffenen Insolvenzordnung verdrängt zu werden. Schlagworte von der »Bankrottanmeldung des Konkurses«[105] oder vom »Konkurs des Konkurses«[106], hervorgegangen aus der Erfahrung masseloser Schuldnervermögen ohne Aussicht auf Bedienung der Gläubiger wenigstens zu einem kleinen Bruchteil, beherrschten seit Jahrzehnten die Wahrnehmung in der Fachöffentlichkeit[107]. Einer Tagung des Arbeitskreises für Insolvenzrecht Köln im Jahre 1977 war die Einsetzung einer Kommission durch das Bundesjustizministerium im Jahre 1978 gefolgt. Der zweifache Kommissionsbericht der Jahre 1985 und 1986[108] fand starke Beachtung; einige Insolvenzverwalter schlossen sich zum sogenannten Gravenbrucher Kreis zusammen, welcher die weitere Entwicklung mit gemeinsamen Stellungnahmen begleitete[109]. Vor dem Gesetzgebungsverfahren publizierte das Bundesjustizministerium einen Diskussionsentwurf und einen Referentenentwurf[110]. Die Vorarbeiten waren bei der Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990 bereits weit vorangeschritten. Die Einführung des damals noch geltenden Konkursrechts als eines ohnehin zu reformierenden Rechts im Beitrittsgebiet mit der Konsequenz alsbaldiger Erneuerung war nicht sinnvoll; sie hätte das Beitrittsgebiet zu zweimaliger Umstellung binnen kurzer Zeit genötigt. Die Gesamtvollstreckungsverordnung wurde unter dem Namen »Gesamtvollstreckungsordnung« im Range eines Bundesgesetzes für das Beitrittsgebiet beibehalten[111]. Dies gab Gelegenheit, aktuelle Erfahrungen mit beiden Verfahrensordnungen in das neue Insolvenzrecht einzubringen.

105 *Baade*, Probleme der Insolvenzpolitik, in: Deutsche Gesellschaft für Betriebswirtschaft (Hrsg.), Zentralprobleme des Insolvenzwesens, 1959, S. 25 ff., 28: »Worin liegen nun eigentlich die tieferen Ursachen, die den Konkurs selbst zu einer Bankrottanmeldung nötigen?« Siehe auch S. 26: »Konkurs und Vergleich in der Krise«.

106 *Kilger*, Der Konkurs des Konkurses. Betrachtungen zur gegenwärtigen Situation des deutschen Insolvenzrechts, KTS 1975, 142 ff.

107 Dazu *Uhlenbruck*, Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897 ff.

108 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985; Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1986.

109 Siehe unter anderem: Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme zu den Reformvorschlägen der Kommission für Insolvenzrecht, BB, 1986, Beilage 15; Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Insolvenzrechtsreformgesetzes, ZIP 1989, 468 ff.; Gravenbrucher Kreis, Große Insolvenzrechtsreform gescheitert, ZIP 1990, 476 ff.; »Große« oder »kleine« Insolvenzrechtsreform?, ZIP 1992, 657 ff.; Alternativentwurf des Gravenbrucher Kreises zum Regierungsentwurf einer Insolvenzrechtsreform, ZIP 1993, 625 ff.; Gravenbrucher Kreis, Appell gegen die Verabschiedung der Insolvenzrechtsreform, ZIP 1994, 585 ff.; Gravenbrucher Kreis: Vorabgeltung arbeitsrechtlicher InsO-Vorschriften: Ausdehnung auf Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsverfahren geboten!, ZIP 1997, 1091 f.

110 Bundesministerium der Justiz, Diskussionsentwurf zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Band I, 1988; Band II, 1989; die Leitsätze zum Entwurf abgedruckt auch in: ZIP 1988, 1154 f. Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf. Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, 1989; Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf. Einführungsgesetz zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, 1990. Zum Verlauf der Reform *App*, Die Insolvenzordnung, 1995, S. 39 ff.; *Hofmann*, DRiZ 1994, 411 ff.; *Moosmayer/Smeets*, Das neue Insolvenzrecht, NJ 1998, 511 ff.; *Uhlenbruck*, Zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts, ZRP 1988, 471 ff.; Stellungnahme des Insolvenzrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V. zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts, vom März 1990. Weitere Literaturhinweise bei *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 1047 ff.

111 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag – EinigungsV), vom 31. August 1990, BGBl. II, 1990, 889 = GBl. DDR I, 1990, 1627. Und zwar Anlage II, Kapitel III, Sachgebiet A, Abschnitt II, Nr. 1 mit Maßgaben in Buchstaben a und b, BGBl. II 1990, 1153 = GBl. DDR I, 1990, 1893. Nach weiteren Änderungen neue Bekanntmachung der GesO am 23. Mai 1991, BGBl. I, 1991, 1185.

c) Insolvenzordnung

Wenige Jahre später wurde die Reform des Insolvenzrechts in der Tat abgeschlossen. Die Insolvenzordnung vom Jahre 1994[112] trat mit Wirkung vom 1. Januar 1999[113] an die Stelle von Vergleichsordnung und Konkursordnung einerseits und Gesamtvollstreckungsordnung andererseits[114]. Neun Änderungsgesetze gab es bemerkenswerterweise noch vor dem Inkrafttreten, andere Nachbesserungen nahm der Gesetzgeber danach vor[115]. Die vor dem Stichtag schon eröffneten oder immerhin beantragten Verfahren alten Rechts wurden und werden weiterhin nach Vergleichsordnung, Konkursordnung und Gesamtvollstreckungsordnung behandelt (Art. 103 EGInsO). Für sie bleiben ältere Judikatur und älteres Schrifttum[116] aktuell. Die mit der Insolvenzordnung eingeführte Gelegenheit zur Restschuldbefreiung (§§ 1 Satz 2, 286 ff. InsO) kann sich an die nach altem Recht abzuwickelnden Verfahren nicht mehr anschließen[117]. Auf der anderen Seite gilt für die seit dem 1. Januar 1999 eröffneten Insolvenzverfahren das neue Insolvenzrecht auch insoweit, als die Subsumption seiner Tatbestände in die Zeit vor der Reform zurückgreift (Art. 104 EGInsO). 51

Das neue Insolvenzverfahren versteht sich als ein **Einheitsverfahren**[118]. Es birgt in einem einzigen Ablauf (sozusagen einschichtig) sowohl die Möglichkeit der Zerschlagung nach gesetzlicher Ordnung als auch die Erarbeitung einer abweichenden Verständigung in einem Insolvenzplan (§ 1 Satz 1 InsO). Diese Struktur ist freilich keine Novität. Schon die Konkursordnung hatte sie mit dem Nebeneinander von gesetzmäßiger Liquidation und Zwangsvergleich von Anfang an aufgewiesen. Ein Verfahren vor dem Konkurs gibt es im Grundmuster des Insolvenzverfahrens nicht mehr. Die Mechanismen der Vergleichsordnung sind somit wieder beseitigt worden. Sie haben sich mit Modifikationen lediglich im sogenannten **Kleininsolvenzverfahren** erhalten, wo ein obligatorischer doppelter (nämlich nach einem außergerichtlichen noch ein gerichtlicher) Schuldenbereinigungsversuch eingeführt wurde (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 InsO)[119]. Einen Insolvenzplan hingegen kann es im Kleinverfahren nicht geben; das heißt, die einmal eingeleitete Vermögenszerschlagung wird ausweglos zu Ende geführt werden, sofern es nicht zu einer Verfahrenseinstellung (§§ 207 ff. InsO) kommt. Außerhalb des Kleinverfahrens gibt es vor dem Insolvenzverfahren nur noch die ungelenkte privatautonome Verständigung zwischen Schuldner und Gläubigern. Sie ist auf die Mitwirkungsbereitschaft aller angewiesen, solange nicht einzelne Gläubiger willens sind, ihre Forderungen auf die Gefahr hin zu ermäßi- 52

112 BGBl. I, 1994, 2866. Materialien dokumentiert durch *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht. Einige Einführungen: *M. Huber*, Neues Insolvenzrecht – Eine Einführung mit Fallbeispielen, JuS 1998, 437 ff., 543 ff., 644 ff., 744 ff., 830 ff., 924 ff., 1036 ff., 1140 ff.; *Landfermann*, Der Ablauf eines künftigen Insolvenzverfahrens, BB 1995, 1649 ff.; *Pick*, Die (neue) Insolvenzordnung – Ein Überblick, NJW 1995, 992 ff.; *Reinhart*, Die neue Insolvenzordnung, MDR 1999, 203 ff.; *Smid*, Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, DZWir 1994, 278 ff.; *Uhlenbruck*, Die neue Insolvenzordnung, WiB 1994, 849 ff.; *Uhlenbruck*, Mit der Insolvenzordnung 1999 in das neue Jahrtausend, NZI 1998, 1 ff.; *Wagner*, Insolvenzrechtsreform: Neuerungen im Ablauf künftiger Insolvenzverfahren, DStR 1995, 220 ff.

113 Art. 110 Abs. 1 EGInsO.

114 Aufhebung von VerglO, KO, GesO in Art. 2 EGInsO.

115 Beiträge zu der um Reform der Reform geführten Diskussion: *Bork/Klaas*, Reformbedarf für die InsO, ZInsO 1999, 485 ff.; *Heitmann*, Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung (Insolvenzordnung II), NJW 1999, 33 f.; *G. Pape*, Die Insolvenzordnung ist in Kraft getreten ..., NJW 1999, 29 ff.; *I. Pape/G. Pape*, Vorschläge zur Reform des Insolvenzverfahrens, insbesondere des Verbraucherinsolvenzverfahrens, ZIP 2000, 1553 ff.

116 *Hess*, Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl., 1998; *Jaeger*, Konkursordnung, 8. und 9. Aufl., 1958 ff. und 1997; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze. KO/VglO/GesO, 17. Aufl., 1997; *Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung, 11. Aufl., 1994; *Smid*, Gesamtvollstreckungsordnung, 3. Aufl., 1996/97.

117 LG Duisburg, Beschluß vom 13. September 1999 – 24 T 123/99, ZInsO 1999, 720.

118 Siehe unten Rn. 202 ff.

119 Zum zweifachen Versuch eines Schuldenbereinigungsplanes unten Rn. 169 ff., 177, 754 ff. Die Begründung zum Regierungsentwurf motivierte den Schuldenbereinigungsversuch mit vermeintlicher Unverhältnismäßigkeit eines Insolvenzverfahrens in Kleininsolvenzfällen und Entlastung der Gerichte; siehe *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 568, 571, 574.

gen, daß die nicht zu Zugeständnissen bereiten Gläubiger daraus den Nutzen überproportionaler Befriedigungschancen ziehen.

53 Auch die **Restschuldbefreiung** natürlicher Personen (§§ 1 Satz 2, 286 ff. InsO)[120] ist keine wirkliche Neuerung. Restschuldbefreiung geht zwar weiter als die in der Gesamtvollstreckungsordnung enthaltene Sperre der Einzelzwangsvollstreckung bis zum Wiedererlangen einer bescheidenen materiellen Lebensgrundlage[121]. Und die Regeln über die Beendigung der antiken Schuldknechtschaft[122] eignen sich nur entfernt zum Vergleich (wenngleich die Siebenzahl der Jahre im mosaischen Recht wie in der anfänglichen Fassung der Insolvenzordnung[123] auffällt). Die Beseitigung der Schuldenlast hat aber, was merkwürdigerweise kaum noch in Erinnerung ist, Vorbilder in der nicht allzu fernen Vergangenheit der Weimarer Republik und der nationalsozialistischen Diktatur. Es handelt sich um die Entschuldung von Landwirten und um die nicht auf Landwirte beschränkte sogenannte Vertragshilfe zur Bereinigung alter Schulden[124]. Auch die richterliche Vertragshilfe nach der Währungsreform[125] kann man als einen Vorläufer der heutigen Restschuldbefreiung auffassen.

54 Das sozialpolitische Anliegen des Restschuldbefreiungsverfahrens, den Schuldner wieder in den Markt einzugliedern, hat im übrigen einen Konstruktionsfehler, der in der zunächst geltenden Fassung der Insolvenzordnung besonders arme Schuldner von der Wohltat ausschloß. Denn das Verfahren zur Restschuldbefreiung ist als **Anhang** zum Insolvenzverfahren gedacht. Wo aber das Schuldnervermögen nicht einmal die Kosten eines Insolvenzverfahrens decken würde, wird ein Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen[126]. Daher schob der Gesetzgeber im Jahre 2001 die Möglichkeit zur Stundung der Verfahrenskosten nach[127]; Stundung schließt Abweisung mangels Masse aus[128]. Zu bedenken bleibt, ob das kostenträchtige Insolvenzverfahren und die Restschuldbefreiung nicht besser entkoppelt würden, so daß ein Schuldner letztere isoliert anstreben könnte (ohne daß der Zugang über ein Insolvenzverfahren verschlossen werden müßte). Gesetzliche Änderungen hierzu befinden sich seit einigen Jahren im Werden[129]. Im übrigen vermag das Verfahrensrecht der Insolvenzordnung das unter der Konkursordnung als lösungsbedürftig empfundene generelle Problem der Massearmut nicht zu beheben (von kleinen Erweiterungen der Anfechtungsmöglichkeiten zur Wiedergewinnung abgeflossenen Vermögens abgesehen).

55 Die Neuerungen aus der Reform des Zivilprozeßrechts zum 1. Januar 2002[130] schlugen auf das Insolvenzverfahren durch, da zur Ordnung des Insolvenzverfahrens § 4 InsO als dynamische Verweisung die Regeln des Zivilprozeßrechts ergänzend heranzieht.

120 Dazu unten Rn. 153, 1541 ff. (§ 33 IV.).

121 Siehe § 18 Abs. 2 GesO.

122 Vgl. oben Rn. 40.

123 Abtretung der Arbeitseinkünfte für die Dauer von sieben Jahren nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO vor der Änderung vom 26. Oktober 2001, BGBl. I, 2001, 2710.

124 Dazu *Anlauf*. Von den zahlreichen Vorschriften sind insbesondere aus dem »Dritten Reich« zu nennen: Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse, vom 1. Juni 1933, RGBl. I 1933, 331; Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden, vom 17. August 1938, RGBl. I 1938, 1033, neugefaßt am 3. September 1940, RGBl. I 1940, 1209, ergänzt am 19. Dezember 1941, RGBl. I 1941, 798 (nach dem Zweiten Weltkrieg aufgehoben; z.B. in Bayern durch Gesetz Nr. 79 zur Aufhebung des Gesetzes über eine Bereinigung alter Schulden, vom 8. September 1947, GVBl. 1947, 174).

125 Gesetz über die richterliche Vertragshilfe, vom 26. März 1952, BGBl. I 1952, 198.

126 § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO.

127 §§ 4a bis 4d InsO gemäß Gesetz vom 26. Oktober 2001, BGBl. I, 2001, 2710.

128 § 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO.

129 Siehe nur Entwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Entschuldungs- und Verbraucherinsolvenzverfahren (Stand 2. März 2006), abgedruckt ZVI 2006, Beilage 1; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, abgedruckt NZI 2007, Beilage zu Heft 10.

130 Gesetz zur Reform des Zivilprozeßrechts, vom 27. Juli 2001, BGBl. I, 2001, 1887.

Die jüngsten umfangreicheren Bemühungen des Gesetzgebers galten mit konfligierenden Zielsetzungen der Insolvenz von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderen Verbänden.[131] Davor ist die Harmonisierung im **Internationalen Insolvenzrecht** besonders hervorzuheben. Gemeint ist hiermit nicht Regelwerk zur Bewältigung der Zahlungsunfähigkeit von Staaten (namentlich von Entwicklungsländern und Schwellenländern), die auswärts aufgenommene Kredite nicht mehr bedienen können. Die Schaffung von Regeln für solche Fälle befindet sich noch ganz am Anfang ihrer Entwicklung und ist weltweit Gegenstand heftiger politischer Kontroverse[132]. Gemeint ist vielmehr Regelwerk zur Bewältigung grenzüberschreitender Aspekte der Insolvenz von Personen, Gesellschaften und Institutionen unterhalb der Ebene des Gesamtstaates. Grenzüberschreitung heißt insbesondere, daß Gläubiger ihren Sitz in einem anderen Land als der Gemeinschuldner haben oder daß sich Bestandteile des Schuldnervermögens außerhalb des Landes seines Sitzes befinden. 56

Internationales Insolvenzrecht hatte im Entwurf zur Insolvenzordnung zunächst breiteren Raum eingenommen. Es trat dann jedoch nur im Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung auf ein Minimum zusammengedrängt[133] in Kraft. Man wollte einem im Entstehen begriffenen europäischen Übereinkommen[134] nicht vorgreifen. Jene Übereinkunft scheiterte freilich an britischem Widerstand. Später gelang allerdings im Verordnungswege die Herstellung europäischen Insolvenzrechts: Am 31. Mai 2002 trat die Verordnung über Insolvenzverfahren aus dem Jahre 2000 in Kraft[135], weitestgehend aus dem Text des nicht realisierten Übereinkommens erzeugt. Die Verordnung kennt kein eigentümlich europäisches Insolvenzverfahren, sondern beläßt Gestaltung und Durchführung von Insolvenzverfahren in der Hand der Mitgliedstaaten[136]. Sie sorgt für eine Gleichordnung der grenzüberschreitenden Wirkungen aller nationalen Verfahren. Der deutsche Gesetzgeber erließ Ausführungsbestimmungen zur europäischen Verordnung[137]. Außerdem ordnete er sein Internationales Insolvenzrecht für die nicht vom europäischen Recht abgedeckten Auslandsberührungen umfassend neu, nunmehr innerhalb der Insolvenzordnung[138]. Noch in der Zukunft liegt eine europaweite oder darüber hinausgehende Harmonisierung der Insolvenzverfahren[139]. 57

131 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), vom 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026.

132 Siehe *Becker*, Europäisierung des Zivilverfahrensrechts, in: *Bottke/Möllers/Schmidt* (Hrsg.), Recht in Europa. Festgabe zum 30-jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät Augsburg, 2003, S. 25 ff., 34 f.; *Buhlert*, Die Entwicklung eines zukünftigen Staateninsolvenzrechts, DZWIR 2002, 275 ff.; *Dabrowski/Fisch/Gabriel/Lienkamp* (Hrsg.), Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten, 2003; *Paulus*, Rechtlich geordnetes Insolvenzverfahren für Staaten, ZRP 2002, 383 ff.; *Paulus*, Die Rolle des Richters in einem künftigen SDRM, in: Festschrift Kirchhof, 2003, S. 421 ff.; *Schwarz*, Neue Mechanismen zur Bewältigung der Finanzkrise überschuldeter Staaten, ZRP 2003, 170 ff.

133 Art. 102 EGInsO in anfänglicher Fassung (BGBl. I, 1994, 2866) bis zur Reform vom 14. März 2003 (BGBl. I, 2003, 345).

134 Dazu *Balz*, Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP 1996, 948 ff.; *Balz*, Das Übereinkommen der Europäischen Union über Insolvenzverfahren, ZEuP 1996, 325 ff.; *Funke*, Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren, InVo 1996, 170 ff.; *Lüke*, Das europäische internationale Insolvenzrecht, ZZP 111 (1998), 275 ff.; *Strub*, Das Europäische Konkursübereinkommen, EuZW 1996, 71 ff.

135 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000, L 160/1. Literatur zur Verordnung ist unter VI.2 (vor Rn. 65) nachgewiesen.

136 Art. 4 EuInsVO.

137 Art. 102 EGInsO in der Fassung vom 14. März 2003 (BGBl. I, 2003, 345).

138 §§ 335 bis 358 InsO gemäß Gesetz vom 14. März 2003 (BGBl. I, 2003, 345). Dazu *Ludwig*, Neuregelungen des deutschen Internationalen Insolvenzverfahrensrechts, 2004.

139 Über das von hoheitlichen Institutionen und anderen Schöpfern Erreichte und noch nicht Erreichte *Girsberger*, Die Stellung der gesicherten Gläubiger in der internationalen Insolvenz, RabelsZ 70 (2006), 505 ff.; *Oberhammer*, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht – Eine Zwischenbilanz über rechtspolitische Gestaltungsmittel und Ziele –, KTS 2009, 27 ff. Zum UNCITRAL-Modellgesetz für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren vom Jahre 1997 siehe *Kindler*, in: MünchKomm BGB, IntInsR, Rn. 19, m.w.N. Im Jahre 2004 schloß die Kommission

V. Insolvenzrecht im engeren und im weiteren Sinne

1. Einteilung des Insolvenzrechts

58 Insolvenzrecht läßt sich auf mehrere Weise in eine erste Einteilung führen. Man kann nach der Herkunft der Vorschriften fragen und wird sowohl Vorschriften finden, die die Europäische Union zum Urheber haben, als auch solche, die der Bund, sowie solche, die ein Land erzeugte. Desgleichen kann man (auf oberster oder auf einer anschließenden Gliederungsebene) danach fragen, ob eine Vorschrift förmliches Gesetz ist oder lediglich von der Exekutive erlassen wurde. Und schließlich kann man den Begriff des Insolvenzrechts weit oder eng fassen. In einem engen Sinne erstreckt sich das Insolvenzrecht nur auf das **Insolvenzverfahren** mit allen seinen Stufen und das darin eingebundene Schuldnervermögen; es setzt sich zusammen aus den Vorschriften über die Verfahrensabläufe (formelles Insolvenzrecht) einerseits und aus den Regeln über die vom Verfahren abhängenden, materiell-rechtlichen Auswirkungen auf das verfahrensgegenständliche Schuldnervermögen (materielles Insolvenzrecht)[140] sowie auf schwebende andere Verfahren um Vermögen des Schuldners andererseits. In einem weiteren Sinne enthält Insolvenzrecht auch alle anderen Vorschriften, deren **Tatbestand** an insolvenzverfahrensrechtliche Schritte anknüpft. Weit verstanden schließt Insolvenzrecht sogar jegliche Regel über Vorkehrungen gegen den Eintritt von Insolvenz, zur Milderung ihrer Folgen oder zur Verhütung der von Insolvenz ausgehenden Gefahren ein, ohne daß die Regel notwendig an insolvenzverfahrensrechtliche Maßnahmen anknüpfen müßte. Beispiele für Insolvenzrecht im weiten Sinne sind Regeln über den Fortbestand einer Gesellschaft bei Vermögensverfall eines Mitgliedes, Regeln über Inanspruchnahme des Bürgen bei Insolvenz des Hauptschuldners ohne Aufschub durch Einrede der Vorausklage oder Regeln zur Erkundung der finanziellen Verhältnisse einer Person vor ihrer Ernennung zum Beamten. Erfaßt sind auch die Einrichtung von Ausfallversicherungen oder Unterstützungsfonds, die Haftung von Gesellschaftern, das Recht der Kreditsicherheiten überhaupt und alle weiteren Elemente der Vertragsgestaltung, die die Sorge um hinreichende Mittel zur Erfüllung betreffen. Inbegriffen sind ferner Anforderungen an die wirtschaftliche Situation von Personen, denen ein öffentliches Amt, eine Vormundschaft oder die Zulassung als Rechtsanwalt zugedacht ist.

2. Insolvenzverfahrensrecht

59 Insolvenzverfahrensrecht findet sich zum großen Teil in einem Gesetz zusammengefaßt, welches das Insolvenzverfahren vom Beginn bis zum Ende ordnet. Es handelt sich, wie der Leser unschwer errät, um die Insolvenzordnung. Nebenvorschriften ergänzen sie. Diese Nebenvorschriften sind teils vollständig auf das Insolvenzverfahren ausgerichtete Normwerke, wie zum Beispiel die Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung. Teils sind die ergänzenden Vorschriften in andere Zusammenhänge eingestreut.

---

die Arbeiten an einer Empfehlung zur gesetzlichen Gestaltung des Insolvenzverfahrens (Legislative Guide on Insolvency Law) ab. Die abgeschlossenen und danach aufgenommene weitere Projekte findet man auf den Internet-Seiten von UNCITRAL (http://www.uncitral.org; geprüft am 27. August 2009).

140 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 1 InsO, Rn. 2.

Letzteres begegnet zum Beispiel in § 42 BGB betreffend Antragspflicht des Vorstandes bei Insolvenz des Vereins und Auflösung des Vereins mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Sondervorschriften über Verfahrensgrund und Verfahrensantrag bei Insolvenz von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Versicherungsunternehmen enthalten §§ 46b KWG, 88 VAG. Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zeigt einen Weg zur Verwertung von Immobilien und rechtlich Gleichgestelltem in der Insolvenz (§§ 172 ff. ZVG). Das Gerichtsverfassungsgesetz gibt dem Insolvenzverfahren den Aufbau der Gerichte vor. Die Gerichtsorganisation des Bundes (Art. 95 GG) und der Länder (Ausführungsgesetze zum Gerichtsverfassungsgesetz oder Gerichtsorganisationsgesetze) stellt den Justizapparat tatsächlich bereit, welchen die Insolvenzordnung als bestehend voraussetzt. Das Rechtspflegergesetz trifft Anordnungen zur Aufgabenverteilung innerhalb des Gerichts (§§ 3 Nr. 2 Buchstabe e, 18 RPflG) und über Rechtsbehelfe (§ 11 RPflG). Bekanntmachungsorgane der Justiz werden in § 9 Abs. 1 Satz 1 InsO als nach anderwärtiger Regelung bestehend vorausgesetzt. Einige Kosten ergeben sich aus dem Gerichtskostengesetz (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GKG; Nr. 2310 ff. Kostenverzeichnis in Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG). Die Zivilprozeßordnung ist zum Insolvenzverfahren ergänzend heranzuziehen (§ 4 InsO). Auf der Ebene von Verwaltungsvorschriften regeln die in allen Ländern und im Bund gleichlautenden Anordnungen über Mitteilungen in Zivilsachen die Meldung von insolvenzverfahrensrechtlichen Entscheidungen an die verschiedensten Stellen, welche von der Insolvenz betroffen sein können (XIIa MiZi; Ermächtigungsgrundlagen: § 12 Abs. 5 EGGVG mit § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG[141]). 60

Das an ein Insolvenzverfahren anknüpfende materielle Recht und das Recht gleichzeitiger Verfahren außerhalb des Insolvenzverfahrens findet sich ebenfalls sowohl gebündelt in der Insolvenzordnung als auch verstreut. 61

So regelt die Insolvenzordnung, ob der Schuldner noch wirksam über sein Vermögen verfügen kann (§§ 21 ff., 80 ff. InsO), was mit schwebenden Geschäften geschieht (§§ 103 ff. InsO), ob Vermögensabfluß rückgängig gemacht werden kann (§§ 129 ff. InsO) und auf welchem Wege Streit um angemeldete Forderungen geklärt wird (§§ 179 ff. InsO). Hingegen regelt das Bürgerliche Gesetzbuch die Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen dieser Gesellschaft oder eines ihrer Mitglieder (§ 728 BGB). Die Zivilprozeßordnung regelt die Unterbrechung eines Zivilprozesses bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Prozeßpartei (§ 240 ZPO) und die örtliche Zuständigkeit für Klagen gegen den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes (§ 19a ZPO). Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung bestimmt, wie sich eine begonnene Zwangsvollstreckung in Immobilien und Gleichgestelltes zum Insolvenzverfahren verhält (§§ 30d und 30e ZVG). Finanzielle Unterstützung für Arbeitnehmer notleidender Betriebe (Insolvenzgeld) ist im Sozialgesetzbuch geregelt (§§ 183 ff. SGB III). Erst recht verstreut sind die Regeln, welche nur von fern eine bestehende oder nur denkbare Insolvenz betreffen. So nimmt es nicht wunder, daß die Haftung von Mitgliedern einer offenen Handelsgesellschaft für Verbindlichkeiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Verjährung und ihrer Begrenzung nach Ausscheiden hauptsächlich nicht in der Insolvenzordnung geregelt ist, sondern im Handelsgesetzbuch (§§ 128 ff., 159 f. HGB) – während man die Inanspruchnahme dieser Haftung unter laufendem Insolvenzverfahren durchaus in der Insolvenzordnung findet (§ 93 InsO). Das Gesetz über die betriebliche Altersversorgung behandelt die Absicherung der Betriebsrenten. Es gewährleistet Fortzahlung der Betriebsrente aus einem Pensionssicherungsfonds bei Insolvenz des Arbeitgebers (§§ 7 ff. BetrAVG). 62

VI. Quellen des Insolvenzrechts im engeren Sinne

Die nachstehende Quellenübersicht widmet sich lediglich dem Insolvenzrecht im engeren Sinne. Sie führt nur solche Regelwerke auf, die hauptsächlich das Insolvenzverfahren mit seinen Abläufen und materiellen Wirkungen ordnen. 63

141 Siehe unten Rn. 502.

1. Internationales Recht

64 Diverse Abkommen und Übereinkommen zu grenzüberschreitenden Aspekten der Insolvenz (Konkursverträge), an denen die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist, sind hier nicht im einzelnen aufzuführen.[142] Das europäische Insolvenzrecht wird sogleich[143] gesondert aufgezeigt werden. Dort, wo kein bilaterales oder multilaterales Vertragswerk existiert, gelten die allgemeinen Regeln des internationalen Insolvenzrechts. Diese Regeln sind jeweils nationales Recht[144]. Die Gerichte eines jeden Staates beurteilen die Konsequenzen eines im Inland oder im Ausland eröffneten Insolvenzverfahrens und auch schon die Schritte zu einem solchen Verfahren nach dem aus ihrer Sicht heimischen Internationalen Insolvenzrecht sowie nach derjenigen Rechtsordnung, auf das das aus ihrer Sicht heimische internationale Insolvenzrecht hinführt. Ein deutsches Gericht hält sich an das Internationale Insolvenzrecht, wie es in §§ 335 ff. InsO geordnet ist. Das europäische Insolvenzrecht mitsamt dem deutschen Ausführungsrecht dazu (Art. 102 EGInsO) und die Konkursverträge, an denen Deutschland beteiligt ist, haben **Vorrang** vor §§ 335 ff. InsO. Hilfsweise können die Regeln des deutschen Internationalen Insolvenzrechts allerdings dort eingreifen, wo die vorrangigen Regelungen Lücken hinterlassen, welche nicht aus den in ihnen enthaltenen Gedanken zu schließen sind.

2. Europäisches Recht

Literatur: *Becker*, Europäisierung des Zivilverfahrensrechts, in: Bottke/Möllers/Schmidt (Hrsg.), Recht in Europa. Festgabe zum 30-jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät Augsburg, 2003, S. 25 ff.; *Becker*, Insolvenz in der Europäischen Union. Zur Verordnung des Rates über Insolvenzverfahren, ZEuP 2002, 287 ff.; *Ehricke/Ries*, Die neue Europäische Insolvenzverordnung, NJW 2003, 313 ff.; *Eidenmüller*, Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht, IPRax 2001, 2 ff.; *Herchen*, Die Befugnisse des deutschen Insolvenzverwalters hinsichtlich der »Auslandsmasse« nach In-Kraft-Treten der EG-Insolvenzverordnung (Verordnung des Rates Nr. 1346/2000), ZInsO 2002, 345 ff.; *P. Huber*, Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZZP 114 (2001), 133 ff.; *Jahn/Sahm* (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 4. Aufl., 2004; *Kemper*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZIP 2001, 1609 ff.; *Lach*, Die Europäische Insolvenzverordnung. Instrument des inländischen Gläubigerschutzes im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, 2007; *Lehr*, Die neue EU-Verordnung über Insolvenzverfahren und deren Auswirkungen für die Unternehmenspraxis, KTS 2000, 577 ff.; *Martini*, Die Europäische Insolvenzverordnung über Insolvenzverfahren v. 29.05.2000 und die Rechtsfolgen für die Praxis, ZInsO 2002, 905 ff.; *Pannen/Riedemann*, Die deutschen Ausführungsbestimmungen zur EuInsVO – Ein Überblick zu den Regelungen des Art. 102 EGInsO n.F., NZI 2004, 301 ff.; *Paulus*, Die europäische Insolvenzverordnung und der deutsche Insolvenzverwalter, NZI 2001, 505 ff.; *Paulus*, Änderungen des deutschen Insolvenzrechts durch die Europäische Insolvenzverordnung, ZIP 2002, 729 ff.; *Vallender*, Aufgaben und Befugnisse des deutschen Insolvenzrichters in Verfahren nach der EuInsVO, KTS 2005, Heft 3; *Wimmer*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZInsO 2001, 97 ff.; *Wimmer*, Die EU-Verordnung zur Regelung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren, NJW 2002, 2427 ff. Kommentierungen erscheinen sowohl separat als auch innerhalb der Kommentare zum nationalen Insolvenzrecht und sind unten zu VII.2 (Rn. 79) nachgewiesen.

65
- Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. EG 2000, L 160/1. Deutsches Durchführungsrecht dazu in Art. 102 EGInsO, zuletzt geändert am 24. Juli 2008, ABl. EG 2008, L 213/1.
- Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und Abrechnungssystemen, ABl. EG 1998, L 166/45, zuletzt geändert am 6. Mai 2009, ABl. EG 2009, L 146/37.

142 Näher *Kindler*, in: MünchKomm BGB, IntInsR, Rn. 9 ff.
143 Unten Rn. 65 ff.
144 Näher siehe unten Rn. 99.

- Richtlinie 2001/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen, ABl. EG 2001, L 110/28.
- Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, ABl. EG 2001, L 125/15.
- Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten, ABl. EG 2002, L 168/43, zuletzt geändert am 6. Mai 2009, ABl. EG 2009, L 146/37.

Die europäische Insolvenzverordnung versteht sich als Maßnahme justitieller Zusammenarbeit nach Art. 65 EGV (Erwägungsgrund 2 zur EuInsVO). Wegen allfälliger grenzüberschreitender Zustellungen oder Beweiserhebungen muß man freilich auf weitere, nicht speziell Insolvenzverfahren, sondern Zivilverfahren überhaupt betreffende Verordnungen und dazu ergangenes nationales Durchführungsrecht zurückgreifen[145]. Die Richtlinien 2001/17/EG und 2001/24/EG betreffen die Insolvenz von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten, worauf die europäische Insolvenzverordnung gar keine Anwendung findet (Art. 1 Abs. 2 EuInsVO). Vieles bilden die beiden Richtlinien der Verordnung nach; dieses Lehrbuch führt regelmäßig nur die Verordnung an, gelegentlich aber auch die die Richtlinien umsetzenden deutschen Bestimmungen außerhalb der Insolvenzordnung (aus KWG und VAG). Das europäische Insolvenzrecht schafft kein europäisches Insolvenzverfahren, sondern harmonisiert die nationalen Verfahren[146]. Insofern unterscheidet es sich vom europäischen Mahnverfahrensrecht, welches neben die nationalen Ordnungen der Mahnverfahren ein einheitliches europäisches Mahnverfahren stellt[147]. 66

Die ältere Richtlinie 98/26/EG enthält Sondervorschriften für den Zahlungs- und Wertpapierverkehr, welche punktuell den Regeln der EuInsVO vorgehen (siehe Erwägungsgrund 27 zur EuInsVO) und so die Abrechnungssysteme begünstigen. Die Finanzsicherheitenrichtlinie schließlich veranlaßte die Mitgliedstaaten, in ihren Insolvenzgesetzen den Einsatz von Wertpapieren und Barguthaben als Kreditsicherheit im Finanzmarkt zu privilegieren (siehe Erwägungsgründe 3 und 5 zur Richtlinie). Nicht einschlägig ist die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen[148]; denn diese Verordnung gilt nach ihrem Art. 1 Abs. 2 Buchstabe b nicht für Insolvenzverfahren. 67

3. Bundesrecht

- Insolvenzordnung (InsO), vom 5. Oktober 1994, BGBl. I 1994, 2866[149], zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2355[150]. 68

145 – Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. EG 2007, L 324/79. Dazu §§ 1067 ff. ZPO.
– Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABl. EG 2001, L 174/1.

146 Siehe oben Rn. 57.

147 Siehe Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. EG 2006, L 399/1, berichtigt ABl. EG 2008, L 46/52 und ABl. EG 2008, L 333/17.

148 ABl. EG 2001, L 12/1, zuletzt geändert am 6. April 2009, ABl. EG 2009, L 93/13.

149 Materialien: BT-Drucks. 12/2443; BT-Drucks. 12/7302. Dokumentation: *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht.

150 Daten der Änderungsgesetze zur InsO und Materialien dazu:
– 19. Juli 1996, BGBl. I, 1996, 1013; BT-Drucks. 13/2713; BT-Drucks. 13/4699;
– 25. September 1996, BGBl. I, 1996, 1476; BT-Drucks. 13/4612; BT-Drucks. 13/5107;
– 28. Oktober 1996, BGBl. I, 1996, 1546; BT-Drucks. 13/200; BT-Drucks. 13/5001;
– 24. März 1997, BGBl. I, 1997, 594; BT-Drucks. 13/4941; BT-Drucks. 13/6845;
– 16. Dezember 1997, BGBl. I, 1997, 2942; BT-Drucks. 13/4899; BT-Drucks. 13/8511;
– 16. Dezember 1997, BGBl. I, 1997, 2968; BT-Drucks. 13/4183; BT-Drucks. 13/8510;

- Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO), vom 5. Oktober 1994[151], BGBl. I **2911**, zuletzt geändert am 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026[152].

– 6. April 1998, BGBl. I, 1998, 666; BT-Drucks. 13/7338; BT-Drucks. 13/9596;
– 22. Juli 1998, BGBl. I, 1998, 1878; BT-Drucks. 13/8808; BT-Drucks. 13/10955;
– 25. August 1998, BGBl. I, 1998, 2489; BT-Drucks. 13/8446; BT-Drucks. 13/11031;
– 19. Dezember 1998, BGBl. I, 1998, 3836; BT-Drucks. 14/49; BT-Drucks. 14/120;
– 21. Juli 1999, BGBl. I, 1999, 1642; BT-Drucks. 14/745; BT-Drucks. 14/1067; BT-Drucks. 14/1301;
– 8. Dezember 1999, BGBl. I, 1999, 2384; BT-Drucks. 14/1539; BT-Drucks. 14/1931; BT-Drucks. 14/1987;
– 16. Februar 2001, BGBl. I, 2001, 266; BT-Drucks. 14/3751; BT-Drucks. 14/4545; BT-Drucks. 14/4550;
– 19. Juni 2001, BGBl. I, 2001, 1149; BT-Drucks. 14/4553; BT-Drucks. 14/5663;
– 27. Juli 2001, BGBl. I, 2001, 1887; BT-Drucks. 14/4722; BT-Drucks. 14/6036;
– 26. Oktober 2001, BGBl. I, 2001, 2710; BT-Drucks. 14/5680; BT-Drucks. 14/6468;
– 13. Dezember 2001, BGBl. I, 2001, 3574; BT-Drucks. 14/6371; BT-Drucks. 14/7349;
– 14. März 2003, BGBl. I, 2003, 345; BT-Drucks. 15/16; BT-Drucks. 15/323;
– 23. Dezember 2003, BGBl. I, 2003, 2848; BT-Drucks. 15/1637; BT-Drucks. 15/1728;
– 24. Dezember 2003, BGBl. I, 2003, 3002; BT-Drucks. 15/1509; BT-Drucks. 15/1587;
– 5. April 2004, BGBl. I, 2004, 502; BT-Drucks. 15/1853; BT-Drucks. 15/2485;
– 9. Dezember 2004, BGBl. I, 2004, 3214; BT-Drucks. 15/3653; BT-Drucks. 15/4060;
– 15. Dezember 2004, BGBl. I, 2004, 3396; BT-Drucks. 15/3445; BT-Drucks. 15/4052;
– 22. März 2005, BGBl. I, 2005, 837, berichtigt BGBl. I, 2005, 2022 b; BT-Drucks. 15/4067; BT-Drucks. 15/4952;
– 10. November 2006, BGBl. I, 2006, 2553; BT-Drucks. 16/960; BT-Drucks. 16/2781;
– 22. Dezember 2006, BGBl. I, 2006, 3416; BT-Drucks. 16/3038; BT-Drucks. 16/3640;
– 26. März 2007, BGBl. I, 2007, 368; BT-Drucks. 16/886; BT-Drucks. 16/3844;
– 13. April 2007, BGBl. I, 2007, 509; BT-Drucks. 16/3227; BT-Drucks. 16/4194;
– 12. Dezember 2007, BGBl. I 2007, 2840; BT-Drucks. 16/3655; BT-Drucks. 16/6634;
– 17. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 1982; BT-Drucks. 16/10600; BT-Drucks. 16/10651;
– 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026; BT-Drucks. 16/6140; BT-Drucks. 16/9737;
– 7. Juli 2009, BGBl. I 2009, 1707; BT-Drucks. 16/7615; BT-Drucks. 16/12714;
– 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2258; BT-Drucks. 16/10069; BT-Drucks. 16/13432;
– 29. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2355; BT-Drucks. 16/11643; BT-Drucks. 16/13669.

151 Materialien: BT-Drucks. 12/3803; BT-Drucks. 12/7303.

152 Daten der Änderungsgesetze zum EGInsO und Materialien dazu:
– 28. Oktober 1996, BGBl. I, 1996, 1546; BT-Drucks. 13/200; BT-Drucks. 13/5001;
– 24. März 1997, BGBl. I, 1997, 594; BT-Drucks. 13/4941; BT-Drucks. 13/6845;
– 29. April 1997, BGBl. I, 1997, 968; BT-Drucks. 13/7144; BT-Drucks. 13/7270;
– 16. Dezember 1997, BGBl. I, 1997, 2998; BT-Drucks. 13/8011; BT-Drucks. 13/8671;
– 24. März 1998, BGBl. I, 1998, 529; BT-Drucks. 13/8933; BT-Drucks 13/9874;
– 6. April 1998, BGBl. I, 1998, 688; BT-Drucks. 13/9818; BT-Drucks. 13/9976; BT-Drucks. 13/10033;
– 22. Juni 1998, BGBl. I, 1998, 1474; BT-Drucks. 13/8444; BT-Drucks. 13/10332;
– 22. Juni 1998, BGBl. I, 1998, 1485; BT-Drucks. 13/9314; BT-Drucks. 13/9437; BT-Drucks. 13/10037;
– 22. Juli 1998, BGBl. I, 1998, 1878; BT-Drucks. 13/8808; BT-Drucks. 13/10955;
– 6. August 1998, BGBl. I, 1998, 2030; BT-Drucks. 10244; BT-Drucks. 13/10871;
– 25. August 1998, BGBl. I, 1998, 2489; BT-Drucks. 13/8446; BT-Drucks. 13/11031;
– 19. Dezember 1998, BGBl. I, 1998, 3836; BT-Drucks. 14/49; BT-Drucks. 14/120;
– 8. Dezember 1999, BGBl. I, 1999, 2384; BT-Drucks. 14/1539; BT-Drucks. 14/1931; BT-Drucks. 14/1987;
– 26. Oktober 2001, BGBl. I, 2001, 2710; BT-Drucks. 14/5680; BT-Drucks. 14/6468;
– 14. März 2003, BGBl. I, 2003, 345; BT-Drucks. 15/16; BT-Drucks. 15/323;
– 5. April 2004, BGBl. I, 2004, 502; BT-Drucks. 15/1853; BT-Drucks. 15/2485;
– 13. April 2007, BGBl. I, 2007, 509; BT-Drucks. 16/3227; BT-Drucks. 16/4194
– 12. Dezember 2007, BGBl. I 2007, 2840; BT-Drucks. 16/3665; BT-Drucks. 16/6634;

- Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet, vom 12. Februar 2002, BGBl. I 2002, 677, zuletzt geändert am 13. April 2007, BGBl. I 2007, 509. Ermächtigungsgrundlage ist § 9 Abs. 2 Sätze 2 und 3 InsO.
- Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), vom 19. August 1998, BGBl. I 1998, 2205, zuletzt geändert am 21. Dezember 2006, BGBl. I 2006, 3389. Ermächtigungsgrundlagen sind §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 65, 73 Abs. 2, 274 Abs. 1, 293 Abs. 2, 313 Abs. 1 Satz 3 InsO.
- Verordnung zur Einführung von Vordrucken für das Verbraucherinsolvenzverfahren und das Restschuldbefreiungsverfahren (Verbraucherinsolvenzvordruckverordnung – VbrInsVV), vom 17. Februar 2002, BGBl. I 2002, 703. Ermächtigungsgrundlage ist § 305 Abs. 5 InsO.

Insolvenzrecht ist gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als Regelwerk gerichtlichen Verfahrens und bürgerlichen Rechts Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 GG) und steht damit in erster Linie in der Kompetenz des Bundesgesetzgebers. Auch soweit die Insolvenz strafrechtliche und strafvollzugsrechtliche Bezüge aufweist, ist der Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG konkurrierend zuständig. Dies betrifft sowohl die Setzung von Straftatbeständen um Insolvenz als auch den Umgang mit Verpflichtungen eines Schuldners aus gegen ihn durchgeführten Strafverfahren oder Ordnungswidrigkeitenverfahren (zum Beispiel Geldstrafe; Geldbuße; Zahlungsauflage bei Einstellung) im Falle der Insolvenz. Des weiteren hat die bundesgesetzliche Regelung des Insolvenzverfahrens Auswirkungen auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungen und Ansprüche des Schuldners. Dies kann sich allenfalls bruchstückhaft auf die je nach Sachgebiet einschlägigen Zuständigkeitsordnungen in Art. 73, 74, 84, 105 GG stützen. Man wird sich mit weitherzigem Verständnis von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG oder mit der zweifelhaften Figur einer Zuständigkeit kraft Sachzusammenhanges behelfen müssen und die öffentlich-rechtlichen Bezüge des Insolvenzverfahrens noch unter die Kompetenz in Angelegenheiten gerichtlichen Verfahrens fassen. 69

Anders als im Recht der Einzelzwangsvollstreckung ist das Regelwerk zur Rückholung abgeflossenen Vermögens nicht in einem separaten Gesetz enthalten (betreffend Einzelvollstreckung: Anfechtungsgesetz), sondern in die Insolvenzordnung integriert (§§ 129 bis 147 InsO). 70

4. Landesrecht

Literatur: *Becker*, Ausführung der Reform des Insolvenzrechts durch die Länder, KTS 2000, 157 ff.

Soweit das Bundesrecht Fragen offen ließe, bliebe nach Art. 72 Abs. 1 GG Raum für Landesrecht. Indessen ist das Insolvenzrecht des Bundes auf Vollständigkeit angelegt. Nur einzelnen Punkten stellt die Insolvenzordnung dem Landesgesetzgeber oder dem Landesverordnungsgeber **ausdrücklich** Normgebung anheim. Man findet dies 71

- in § 2 Abs. 2 InsO (abweichende Bestimmung von Insolvenzgerichten),
- in § 9 Abs. 2 Satz 1 InsO (weitere Veröffentlichungen neben öffentlicher Bekanntmachung im Internet),
- in § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO (Unzulässigkeit eines Insolvenzverfahrens über juristische Personen des öffentlichen Rechts unter Landesaufsicht),
- in § 305 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 InsO (Eignung von Personen oder Stellen zur Schuldnerberatung),
- in Art. 102 § 1 Abs. 3 EGInsO (abweichende Bestimmung von Insolvenzgerichten für Tätigkeit nach EuInsVO; ähnlich wie § 2 Abs. 2 InsO),
- in § 348 Abs. 2, Abs. 3 InsO (abweichende Bestimmung von Insolvenzgerichten für Tätigkeit in sonstigen grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren; ähnlich wie § 2 Abs. 2 InsO).

Soweit das Land insgesamt angesprochen ist (§§ 9 Abs. 2 Satz 1, 12 Abs. 1 Nr. 2, 305 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 InsO), kommt als Akt der Rechtsetzung nur ein Gesetz in Frage. Die ausdrückliche Überantwortung der Angelegenheit an die Länder ist nichts anderes als Belassen von 72

– 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, 2026; BT-Drucks. 16/6140; BT-Drucks. 16/9737.

Handlungsspielraum im Gefüge konkurrierender Gesetzgebung. Die unmittelbare Ansprache der Landesregierung (§ 2 Abs. 2 InsO) ermöglicht Art. 80 Abs. 1 GG. Die Landesregierung kann sowohl zur Regelung durch sie als Ganzes eingeladen sein (§ 2 Abs. 2 Satz 1 InsO entsprechend Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG) wie auch zur Weitergabe der Kompetenz an das Landes-Justizministerium (§ 2 Abs. 2 Satz 2 InsO entsprechend Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG). Subdelegation an die Landesjustizverwaltung nimmt die Landesregierung mittels Rechtsverordnung vor (Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG). Anstelle der ermächtigten Landesregierung kann auch der Landesgesetzgeber handeln (Art. 80 Abs. 4 GG).

73 Die Länder haben ihre Kompetenzen auf sehr unterschiedliche Weisen genutzt. Nachfolgende Übersicht nennt nur die **Ausführungsgesetze zur Insolvenzordnung**. In die Sachgesetze und diverse Verordnungen verstreute Vorschriften, namentlich solche über die Unzulässigkeit von Insolvenzverfahren über das Vermögen gewisser juristischer Personen und über die Finanzierung von Schuldnerberatungen, erscheinen nicht. Auch die Regelungen über die Justizorganisation und Verwaltungsvorschriften zum Insolvenzwesen sind hier nicht nachgewiesen[153].

74
- Baden-Württemberg: Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung, vom 16. Juli 1998, GBl. 1998, 436, zuletzt geändert am 25. April 2007, GBl. 2007, 252.
- Bayern: Art. 113 ff. Gesetz zur Ausführung der Sozialgesetze (AGSG), vom 8. Dezember 2006, GVBl. 2006, 942, zuletzt geändert am 22. Juli 2008, GVBl. 2008, 479.
- Berlin: Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (AGInsO), vom 6. Juli 1998, GVBl. 1998, 196, zuletzt geändert am 22. Oktober 2008, GVBl. 2008, 294.
- Brandenburg: Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (AGInsO), vom 26. November 1998, GVBl. I 1998, 218.
- Bremen: Bremisches Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung und zur Anpassung des Landesrechts, vom 24. November 1998, GBl. 1998, 305.
- Hamburg: Hamburgisches Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung (HmbAGInsO), vom 8. Juli 1998, GVBl. I 1998, 105, zuletzt geändert am 1. September 2005, GVBl. 2005, 377.
- Hessen: Hessisches Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung (AGInsO), vom 18. Mai 1998, GVBl. I 1998, 191, berichtigt 278, zuletzt geändert am 18. Juni 2009, GVBl. I 2009, 171.
- Mecklenburg-Vorpommern: Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung des Landes Mecklenburg-Vorpommern (InsOAG M-V), vom 17. November 1999, GVOBl. 1999, 611, zuletzt geändert am 28. März 2002, GVOBl. 2002, 611.
- Niedersachsen: Niedersächsisches Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung (Nds. AGInsO), vom 17. Dezember 1998, GVBl. 1998, 710, zuletzt geändert am 23. November 2004, GVBl. 2004, 512.
- Nordrhein-Westfalen: Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (AGInsO), vom 23. Juni 1998, GVBl. 1998, 435, zuletzt geändert am 5. April 2005, GVBl. 2005, 332.
- Rheinland-Pfalz: Landesgesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (AGInsO), vom 20. Juli 1998, GVBl. 1998, 216.
- Saarland: Gesetz über die Anerkennung von geeigneten Stellen im Verbraucherinsolvenzverfahren, vom 24. Juni 1998, ABl. 1998, 518, zuletzt geändert am 21. November 2007, ABl. 2007, 2393. Die in Frage kommenden Personen und Stellen und ihre Aufgaben sind allerdings nicht hier aufgelistet, sondern in §§ 50a bis d des Gesetzes zur Ausführung bundesrechtlicher Justizgesetze, vom 5. Februar 1997, ABl. 1997, 258, zuletzt geändert am 19. November 2008, ABl. 2008, 1930.
- Sachsen: Sächsisches Ausführungsgesetz zu § 305 Insolvenzordnung (SächsInsOAG), vom 10. Dezember 1998, GVBl. 1998, 662, zuletzt geändert am 29. Januar 2008, GVBl. 2008, 138.
- Sachsen-Anhalt: Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung (AG InsO LSA), vom 17. November 1998, GVBl. 1998, 461, zuletzt geändert am 18. November 2005, GVBl. 2005, 698.

153 Siehe dazu, soweit von Belang für die Insolvenzverfahren, *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 2 InsO, Rn. 17, und Anhang nach § 2 InsO.

- Schleswig-Holstein: Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (AGInsO), vom 11. Dezember 1998, GVOBl. 1998, 370, zuletzt geändert am 12. Oktober 2005, GVOBl. 2005, 487.
- Thüringen: Thüringer Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung (ThürAGInsO), vom 29. September 1998, GVBl. 1998, 287, in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 2006, GVBl. 2006, 44.

5. Vorbereitungen in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Insolvenzrecht«

Die innerstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen über Insolvenz sind – wie jedes Gesetz – Frucht mehr oder minder gründlicher Vorbereitung in den Parlamenten, ihren Ausschüssen und vor allem der Justizministerien. Auf europäischer Ebene wirken vorbereitend die europäischen Institutionen und ihre Verbindungsstellen aus den nationalen Regierungen zusammen. Ähnlich werden internationale Verträge zum Insolvenzrecht wie alle anderen auch von den Regierungen der teilnehmenden Staaten im Verbund mit einem mehr oder minder verfestigten zwischenstaatlichen Forum entwickelt. 75

Die parlamentarischen Gremien und die Regierungsstellen ziehen ihrerseits Nutzen aus Entwürfen, Stellungnahmen und sonstiger Befassung in Wort und Schrift, welche wissenschaftliche Arbeitskreise hervorbringen. Die dort betriebene rechtspolitische Diskussion zwischen Praktikern und Theoretikern ist privater Natur. Amtlicher Natur hingegen ist ein wichtiges vorbereitendes Gremium, daß sich die stets aufs neue zusammentretende Konferenz der Justizminister des Bundes und der Länder schuf, nämlich eine als »Bund-Länder-Arbeitsgruppe ›Insolvenzrecht‹« bezeichnete Kommission. Von dieser Kommission gehen zahlreiche Impulse zur Fortentwicklung des Insolvenzrechts aus. 76

VII. Literatur des Insolvenzrechts im engeren Sinne

Die nachfolgende Literaturübersicht führt Schriften auf, deren Thema das Insolvenzrecht in einem engeren, auf das Insolvenzverfahren bezogenen Sinne ist. Es werden nur übergreifende Darstellungen aufgeführt. Außerdem werden Zeitschriften namhaft gemacht, in denen ein größerer Teil der Beiträge dem Insolvenzrecht im engeren Sinne gewidmet ist. Nicht hingegen erscheinen hier einzelne Beiträge aus Zeitschriften oder Sammelwerken, ebensowenig Monographien. 77

1. Lehrbücher

Allolio, Hanno/Hintzen, Udo/Metzen, Peter, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Bad Münstereifel (Fachhochschule für Rechtspflege Nordrhein-Westfalen), 2004; *Bork, Reinhard*, Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Aufl., Tübingen, 2009; *Brei, Kathrin/Bultmann, Britta*, Insolvenzrecht, Baden-Baden, 2007; *Breuer, Wolfgang*, Insolvenzrecht. Eine Einführung, 2. Aufl., München, 2003; *Ehricke/Biehl/Damerius*, Insolvenzrecht, München, 2008; *Foerste, Ulrich*, Insolvenzrecht, 4. Auflage, München, 2008; *Gogger, Martin*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., München, 2006; *Häsemeyer, Ludwig*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln/München, 2007; *Hess, Harald*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Heidelberg, 2007; *Hess, Harald/Kranemann, Karl Robert*, Insolvenzrecht, 5. Auflage, Köln, 2003; *Heyer, Hans-Ulrich*, Einführung in das Insolvenzrecht, 1. Aufl., Oldenburg, 2005; *Jauernig, Othmar/Berger, Christian*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., München, 2007; *Keller, Ulrich*, Insolvenzrecht, München 2006; *Kirchhof, Hans-Peter*, Leitfaden zum Insolvenzrecht, 2. Aufl., Herne/Berlin, 2000; *Obermüller, Manfred*, InsO. Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts, 4. Aufl., Heidelberg, 2003; *Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm*, Insolvenzrecht, München, 2002; *Paulus, Christoph*, Insolvenzrecht, Frankfurt am Main, 2007; *Schack, Haimo*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., München, 2006; *Smid, Stefan*, Grundzüge des Insolvenzrechts, 4. Aufl., München, 2002; *Zimmermann, Walter*, Insolvenzrecht, 6. Aufl., Heidelberg, 2006. 78

2. Kommentare

79 *Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael*, Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, 1. Aufl., München, 2006; Berliner Kommentar: siehe *Blersch* usw.; *Braun, Eberhard* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, 3. Aufl., München, 2007; *Blersch, Jürgen/Goetsch, Hans-Wilhelm/Haas, Ulrich*, Insolvenzrecht. Kommentar der InsO und der InsVV mit Schriftsätzen und Mustern für die Insolvenzrechtspraxis, Bände I bis III, Berlin, 1999 ff. (Loseblatt), Stand: Mai 2009; *Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine/Duursma, Dieter/Chalupsky, Ernst*, Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar, Wien/New York, 2002; Frankfurter Kommentar: siehe *Wimmer; Geimer/Schütze*: siehe *Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff; Graf-Schlicker, Marie-Luise* (Hrsg.), InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln, 2007; *Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten*, Insolvenzrechtliche Vergütung (InsVV), 4. Aufl., München, 2007; *Haß, Detlef/Huber, Peter/Gruber, Urs/Heiderhoff, Bettina*, EU-Insolvenzverordnung (EuInsVO). Kommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), Sonderausgabe aus: *Geimer/Schütze* (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, München, 2005; Hamburger Kommentar: siehe *Schmidt*; Heidelberger Kommentar: siehe *Kreft*; *Henckel, Wolfram/Gerhardt Walter* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Großkommentar, Erster Band. §§ 1–55, Berlin, 2004; Zweiter Band. §§ 56–102, Berlin, 2007; *Hess, Harald*, Insolvenzrecht. Großkommentar in drei Bänden, Band I. Kommentar §§ 1–112 InsO, Heidelberg, 2007; Band II. Kommentar §§ 113–359 InsO, Heidelberg, 2007; Band III. Erläuterung aller insolvenzrechtlichen Verordnungen, Nebengesetze und Nebenbestimmungen. Entscheidungsregister, Heidelberg, 2007; *Hess, Harald*, InsVV. Kommentar zur Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung, 2. Aufl., Heidelberg, 2000; *Jaeger*: siehe *Henckel/Gerhardt*; *Kindler, Peter*, Internationales Insolvenzrecht, in: *Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11. Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–245), 4. Aufl., München, 2006, S. 346 ff.; *Kirchhof, Hans-Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band 1: §§ 1–102. Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 2. Aufl., München, 2008; Band 2: §§ 103–269, 2. Aufl., München, 2008; Band 3: §§ 270–355. Internationales Insolvenzrecht. Insolvenzsteuerrecht, 2. Aufl., München, 2008; *Kreft, Gerhart* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Heidelberg, 2008; *Kübler, Bruno/Prütting, Hanns/Bork, Reinhard* (Hrsg.), InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung, Bände I, II und Texte, Köln, 1998 ff. (Loseblatt), Stand: Juni 2009; Münchener Kommentar: siehe *Kirchhof* usw.; *Nerlich, Jörg/Römermann, Volker* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, München, 1999 ff. (Loseblatt), Stand: März 2009; *Pannen, Klaus* (Hrsg.), Die Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar, Berlin, 2007; *Paulus, Christoph*, Europäische Insolvenzordnung. Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 2008; *Rauscher, Thomas* (Hrsg.), Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar, 2. Aufl., München, 2006; *Schmidt, Andreas*, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl., Recklinghausen, 2009; *Smid, Stefan*, Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht. Kommentar, Stuttgart/Berlin/Köln, 2004; *Smid, Stefan* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzrechtlicher Vergütungsordnung (InsVV), 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln, 2001; *Uhlenbruck, Wilhelm* (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 12. Aufl., München, 2003; *Wagner, Herbert*, Insolvenzordnung, Baden-Baden, 1998; *Wimmer, Klaus* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Köln, 2009.

3. Handbücher und Formularsammlungen

80 *Amend, Angelika*, Insolvenzpraxis, Bonn, 2003; Amtsgericht Göttingen, Formularsammlung des AG Göttingen für IN-Sachen und IK-Sachen, ZInsO 2002, 118 ff.; *Beck, Siegfried/Depré, Peter*, Praxis der Insolvenz. Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, München, 2003; *Bichlmeier, Wilhelm/Engberding, Antonius/Oberhofer, Hermann*, Insolvenzhandbuch. Ein rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Leitfaden, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 2003; *Bindemann, Reinhard*, Handbuch Verbraucherkonkurs, 4. Aufl., Baden-Baden, 2004; *Bork, Reinhard/Koschmieder, Kurt-Dieter*, Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht, Köln, 2003 ff., (Loseblatt), Stand: März 2009; *Breuer, Wolfgang*, Insolvenzrechts-Formularbuch mit Erläuterungen, 3. Aufl., München, 2007; *Buth, Andrea/Hermanns,*

Michael, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Aufl., München, 2009; *Crone, Andreas/Werner, Henning*, Handbuch modernes Sanierungsmanagement, München, 2007; *Depré, Peter*, Anwaltspraxis im Insolvenzrecht, 2. Aufl., München, 2005; *Flöther, Lucas/Smid, Stefan/Wehdeking, Silke*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz. Ein Praxisleitfaden mit erläuterten Musterschriftsätzen, München, 2005; *Frege, Michael/Keller, Ulrich/Riedel, Ernst*, Insolvenzrecht, 7. Aufl., München, 2008; *Gogger, Martin*, Insolvenzgläubiger-Handbuch. Optimale Rechtsdurchsetzung bei Insolvenz des Schuldners, 2. Aufl., München, 2004; *Gottwald, Peter* (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl., München, 2006; *Gottwald, Uwe/Riedel, Ernst*, Praxishandbuch Insolvenzrecht, Kissing, 2 Bände, 1998 ff. (Loseblatt), Stand: März 2008; *Haarmeyer, Hans/Pape, Gerhard/Stephan, Guido/Nickert, Cornelius* (Hrsg.), Formularbuch Insolvenzrecht, Regelinsolvenzverfahren, Insolvenzplanverfahren. Eigenverwaltung. Internationales Insolvenzrecht, 2. Aufl., Herne, 2009; *Hess, Harald*, Sanierungshandbuch, 4. Aufl., Köln, 2009; *Hess, Harald/Binz, Fritz*, Formulare und Muster zum Insolvenzrecht, 2. Aufl., Heidelberg, 2001; *Hess, Harald/Weis, Michaela*, Insolvenzrecht. Tipps und Taktik, 4. Aufl., Heidelberg, 2007; *Kahlert, Günter/Rühland, Bernd*, Sanierungs- und Insolvenzsteuerrecht, Köln, 2007; *Kayser, Godehard*, Höchstrichterliche Rechtssprechung zum Insolvenzrecht. Unternehmensinsolvenz und Insolvenzanfechtung, 3. Aufl., Köln, 2009; Kölner Schrift zur Insolvenzordnung. Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Herne/Berlin, 2000; *Kraemer, Joachim* (Hrsg.), Handbuch zur Insolvenz. Recht. Steuern. Betriebswirtschaft, 2 Bände, Bonn/Berlin, 1997 ff. (Loseblatt), Stand: September 2009; *Mohrbutter, Harro/Ringstmeier, Andreas* (Hrsg.), Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., Köln/Berlin/München, 2007; *Nerlich, Jörg/Kreplin, Georg* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, 2006; *Obermüller, Klaus/Kuder, Karen*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 7. Aufl., Köln, 2007; *Pannen, Klaus*, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten. Handbuch, 2. Aufl., Köln/Berlin/München, 2006; *Peters-Lange, Susanne*, Sozialrecht in der Insolvenz, München, 2005; *Reul, Adolf/Heckschen, Heribert/Wienberg, Rüdiger*, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, München, 2006; *Runkel, Hans* (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln, 2008; *Schmittmann, Jens/Theurich, Holger/Brune, Tim*, Das insolvenzrechtliche Mandat, 3. Aufl., Bonn, 2009; *Schulz, Dirk/Bert, Ulrich/Lessing, Holger*, Handbuch Insolvenz. Insolvenzverfahren. Haftung. Gläubigerschutz. Sanierung und Auswege, 3. Aufl., Freiburg/Berlin/München, 2009; *Smid, Stefan*, Praxishandbuch Insolvenzrecht, 5. Aufl., Berlin, 2007; *Waza, Thomas/Uhländer, Christoph/Schmittmann, Jens*, Insolvenzen und Steuern, 7. Auflage, Herne, 2007; *Weisemann, Ulrich* (Hrsg.), Handbuch Unternehmensinsolvenz, Köln, 1999; *Wimmer, Klaus/Dauernheim, Jörg/Wagner, Martin/Gietl, Josef* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln, 2010. Siehe auch bei den Hinweisen vor Rn. 253.

Neben den für die Fachwelt verfaßten Handbüchern hat sich für einen breiteren Leserkreis Ratgeberliteratur entwickelt. Vier Beispiele: *Haarmeyer, Hans/Stoll, Christian*, Guter Rat bei Insolvenz, 3. Aufl., München, 2008; *Schmidt, Andreas*, Privatinsolvenz. Leitfaden für den Weg zur Restschuldbefreiung, 3. Aufl., München, 2009; *Winter, Ulli/Müller, Klaus*, Überschuldung – was tun? Der Ratgeber zu Verbraucherinsolvenz und Kontopfändungsschutz, 6. Aufl., Frankfurt am Main, 2007; *Zimmermann, Walter*, Das Recht des Schuldners von A-Z. Verbraucher- und Schuldnerschutz, 3. Aufl., München, 2008. **81**

4. Zeitschriften

DZWIR. Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, Berlin; EWiR. Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Köln; InsbürO. Zeitschrift für das Insolvenzbüro, Münster; InVo. Insolvenz & Vollstreckung, Bonn; KTS. Zeitschrift für Insolvenzrecht, Köln/Berlin/München; NZI. Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, München/Frankfurt am Main; ZInsO. Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, Herne; ZIP. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Berlin; ZVI. Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht, Köln. **82**

VIII. Tatsachenmaterial (insbesondere Insolvenzstatistik)

83 **Literatur:** *Haarmeyer/Beck/Frind*, Die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechtes im Lichte der Statistik insolvenzrechtlicher Eröffnungsquoten, ZInsO 2008, 1178 ff.

Insolvenzen sind verläßliche Indikatoren für die gesamtwirtschaftliche Situation und (spätestens) Anlaß für die Wirtschaftsteilnehmer, einem Geschäftspartner nur noch mit äußerster Vorsicht zu begegnen und sich auf eine nahezu hoffnungslose Forderungsanmeldung, manchmal auf Sanierungsbemühungen einzustellen. Deshalb verwundert es nicht, daß Insolvenzen sich der besonderen Aufmerksamkeit sowohl der staatlichen Statistik als auch der Wirtschaftsteilnehmer erfreuen.

84 Das Statistische Bundesamt in Wiesbaden und die statistischen Landesämter erheben bei den Insolvenzgerichten Daten über Insolvenzverfahren aufgrund von § 39 EGGVG und Landesgesetzen. Der gesetzlichen Verankerung bedarf es mit Rücksicht auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (enthalten im Persönlichkeitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG[154]). Die ausgewerteten Daten sind insbesondere in den Statistischen Jahrbüchern für die Bundesrepublik Deutschland (sowie übers Jahr aktuell in der Internetpräsentation des Amtes[155]), aber auch in fortlaufenden Berichten des Bundesanzeigers ablesbar. Traurigerweise zeigen die Erhebungen seit einigen Jahren, daß das Insolvenzwesen den einzig verläßlich wachsenden Geschäftszweig in Deutschland darstellt. Die Zahl der jährlichen Anträge auf Insolvenzverfahren liegt über 100.000. Das Wachstum ist nicht allein darauf zurückzuführen, daß das seit dem Jahre 1999 herrschende Insolvenzverfahren auf natürliche Personen wegen der anschließenden Restschuldbefreiung (§§ 1 Satz 2, 286 ff. InsO) besonders attraktiv wirkt. Zwar hatte der Gesetzgeber bei Einführung der Insolvenzordnung für vorzeitiges Inkrafttreten der Vorschriften über den außergerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch gesorgt (Art. 110 Abs. 2 EGInsO) und die Wohlverhaltensperiode für schon länger insolvente Schuldner (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO) verkürzt (Art. 107 EGInsO a.F.). Aber der vermutete Nachholbedarf bei den Verbrauchern machte sich in den Jahren 1999 und 2000 nicht recht bemerkbar. Erst im Jahre 2001 schnellte die Zahl der Verbraucherinsolvenzen gleichzeitig mit der Zahl der Unternehmensinsolvenzen in die Höhe. Berichte über die Entwicklung finden sich wiederkehrend in allen insolvenzrechtlichen Fachzeitschriften[156], aber auch in anderen juristischen oder wirtschaftswissenschaftlichen Organen (und seien es die Umschlagseiten der Neuen Juristischen Wochenschrift). Zumeist stützen sie sich nicht unmittelbar auf die Erhebungen des statistischen Bundesamtes, sondern auf Analysen des Verbandes der Vereine Creditreform e.V. in Neuss.

85 Dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit trägt der Staat nicht allein mit der Statistik Rechnung, sondern auch mit der Bekanntmachung wichtiger Entscheidungen aus jedem einzelnen Insolvenzverfahren (§ 9 InsO in Verbindung mit verstreuten Anordnungen, namentlich betreffend Eröffnung § 30 Abs. 1 InsO; grenzüberschreitend Art. 21 EuInsVO, § 345 InsO) oder Nichteröffnung mangels Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 3 InsO). Darauf ist später bei den Verfahrensgrundsätzen[157] und bei den einschlägigen Entscheidungen zurückzukommen. Die Bekanntmachungen werden nicht nur unmittelbar von Geschäftspartnern des Insolventen wahrgenommen, sondern auch von Verbänden und Informationsdienstleistern (Auskunfteien wie dem zuvor schon erwähnten Verband der Vereine Creditreform e.V. in Neuss oder der Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung »SCHUFA« in Wiesbaden; Mitteilungsblättern) gesammelt. Teils werden die so gewonnenen Informationen auf Einzelanfrage weitergegeben, teils veröffentlicht (hervorzuheben sind die gelben Einhefter in der Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht [ZInsO]). Selbstverständlich nehmen auch die allgemeinen Medien je nach wirklicher oder vermeintlicher Bedeutung des Falles Anteil an einzelnen Insolvenzschicksalen und bauen oft einen Entscheidungsdruck in Richtung angeblicher Rettung von Arbeitsplätzen auf.

154 BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83 u.a., NJW 1984, 419 ff., betreffend Volkszählung.

155 Adresse: http://www.destatis.de (geprüft am 13.November 2009).

156 Siehe oben Rn. 82.

157 Unten Rn. 233 ff. (§ 6.XI).

§ 2 Allgemeine und besondere Regeln des Insolvenzverfahrensrechts

I. Beschreibung eines Allgemeinen Teils

Das Insolvenzverfahren besteht aus einer langen Kette von Anträgen, Prüfungen, Mitwirkungshandlungen, Entscheidungen, Überprüfungsgesuchen und deren Behandlung einer Vielzahl von Beteiligten und Organen. Das Insolvenzrecht stellt hierzu Regeln bereit. Ein Teil dieser Regeln weist wiederkehrende Merkmale auf. Außerdem lassen sich typische Verfahrensgerüste von Fällen unterscheiden, die der Gesetzgeber als Abweichung auffaßt. Daher bietet es sich im Insolvenzrecht wie bei vielen anderen Materien an, grundlegende Dinge »vor die Klammer zu ziehen«. Daraus entsteht dann ein Allgemeiner Teil des Insolvenzrechts. 86

Die Vorstellungen darüber, was sich zur Darstellung als grundlegende Gesichtspunkte eignet, gehen naturgemäß auseinander. Der Gesetzgeber selbst hat sich in §§ 1 bis 10 InsO einen sehr engen Rahmen für »Allgemeine Vorschriften« gesteckt. Schon die Festlegung der Hauptrollen – Schuldner und Insolvenzgläubiger – ist darin nicht mehr enthalten. Die Kommentarliteratur schließt sich zwangsläufig der Legalordnung an. In der Literatur zum Insolvenzrecht dagegen finden sehr viel mehr Gesichtpunkte eine Behandlung als für das Insolvenzgeschehen grundlegend, als §§ 1 bis 10 InsO erwarten lassen. Selten werden sie unter dem Dach eines »Allgemeinen Teils« zusammengefaßt; der Sache nach sind sie es aber in mehr oder minder weitem Umfang stets[1]. 87

Gefahr für Mißverständnisse weckt der Gesetzgeber in § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO. Dort heißt es, daß für das sogenannte Kleinverfahren vorbehaltlich abweichender Regelung im Einzelfall nach §§ 305 ff. InsO »die allgemeinen Vorschriften« gelten. Dieser Verweis zielt nicht, wie man auf den ersten Blick denken möchte, allein auf die mit den Worten »Allgemeine Vorschriften« überschriebenen §§ 1 bis 10 InsO. Vielmehr meint die Verweisung sämtliche Regeln des Normalverfahrens, also auch §§ 11 bis 216 InsO und §§ 286 bis 303 InsO (mit Ausnahme der Regeln zu Insolvenzplan gemäß §§ 217 bis 269 InsO und Eigenverwaltung gemäß §§ 270 bis 285 InsO, welche in § 312 Abs. 2 InsO für unanwendbar erklärt sind). Ohne dieses weite Verständnis der Verweisung wäre ein Kleinverfahren undurchführbar und wären die Bezugnahmen in §§ 312–314 InsO gegenstandslos. 88

Die europäische Insolvenzverordnung hat im Vergleich zur deutschen Insolvenzordnung einen wesentlich stärker ausgebauten Allgemeinen Teil (Art. 1 bis 15 EuInsVO). Dieser enthält freilich auch manches Detail, während etwa der zentrale Begriff »Hauptinsolvenzverfahren« nicht schon in Art. 3 EuInsVO, wo die gerichtliche Zuständigkeit innerhalb der Europäischen Union geregelt ist, fällt, sondern erst in Art. 27 Satz 1 EuInsVO bei ergänzenden Regeln zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und 3 EuInsVO[2]. Gerade im Falle des Europäischen Insolvenzrechts zeigt sich eine gewisse Schwierigkeit, das Allgemeine vom Besonderen zu trennen. Sie liegt darin begründet, daß die europäische Insolvenzverordnung **kein eigenständiges europaweites Verfahren** erzeugt, sondern lediglich Regeln zur Verteilung von Insolvenzverfahren in die nationalen Regelwerke aufstellt sowie einige harmoni- 89

1 Breiten Raum widmen allgemeinen Lehren beispielsweise *Häsemeyer*; *Pape/Uhlenbruck*; *Smid*, Grundzüge. Bereits zum früheren Konkursrecht *Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, 1979, nachgedruckt 1983.

2 Näher zur internationalen Zuständigkeit unten Rn. 111, 121 und Rn. 443 ff.

sierende Anordnungen trifft. Es handelt sich um Kollisionsnormen und um Regelungen, welche das jeweils angesteuerte nationale Recht für den Fall grenzüberschreitender Bezüge ergänzen. Hauptsächlich sind die Verfahrensabläufe betroffen, teilweise greift das Regelwerk aber auch in das Internationale Privatrecht über. Jede Kollisionsnorm ist jedoch, wenn man im Mittelpunkt die letztlich anzuwendende Regel des nationalen Rechts sieht, eine Grundsatzfrage und damit dem Allgemeinen Teil zurechenbar (gleichviel ob die angesteuerte nationale Regel ihrerseits allgemeinen Charakter hat oder dem Besonderen Teil zuzurechnen ist).

II. Grundfragen als Gehalte eines Allgemeinen Teils

90 Der wirtschaftliche Ruin eines Gesellschaftsgliedes oder einer Einrichtung in einer auf Wettbewerb und Eigen gegründeten Wirtschaftsordnung strahlt Faszination aus. Gleichermaßen liegt in ihm Bewährung der Ordnung durch zumindest drohendes Ausscheiden des Schuldners aus dem Markt als auch deren Versagen, weil es der Gesellschaft mißlang, dem Schuldner ein Betätigungsfeld zum dauernden Nutzen aller zu gewähren und Fehlentwicklungen im Ansatz zu vermeiden. Die verhältnismäßig umfangreiche Literatur zum Insolvenzrecht ist Zeugnis der Faszination, welche von diesem Rechtsgebiet ausgeht. Das Insolvenzwesen sagt etwas über die Funktionstüchtigkeit der Wirtschaftsordnung aus, die zugleich eine Gesellschaftsordnung ist.

91 Eine große Zahl von Fragen drängt sich deshalb als grundlegend bedeutsam auf. Da ist zum einen die Frage, ob überhaupt die Gesellschaft ein eigenes Regelwerk zur Bewältigung von gänzlicher Leistungsunfähigkeit bereithält oder ob sie die Leistungsunfähigkeit als Ergebnis marktlichen Geschehens folgenlos hinnimmt. Damit zusammen hängt die Frage, ob es ein rechtlich geordnetes Verfahren zur Bewältigung geben soll und ob der Schuldner seiner Betätigungsfreiheit vorübergehend oder auf immer beraubt wird. Folgewirkungen einer Insolvenz oder eines Verfahrens um solche in den verschiedensten Hinsichten können geregelt werden oder auch nicht, desgleichen die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit privatautonomer Vorkehrungen zur Vorbeugung gegen eigene oder fremde Insolvenz. Als Grundsatzfragen sind diese Punkte oben[3] bereits behandelt, namentlich unter dem Aspekt der Justizgewähr.

92 Ist die Frage nach Ausbildung eines eigenen Insolvenzverfahrens bejahend beantwortet, stellen sich Fragen zu seinen Strukturen, zu den hauptsächlichen Anordnungen und Schritten eines solchen Verfahrens[4]:

- Um wessen wirtschaftliches Versagen geht es, das heißt, wer ist fähig, als Schuldner an einem Insolvenzverfahren teilzunehmen? Geht es nur um natürliche Personen oder auch um Gesellschaften und Institutionen? Sind Verbraucher oder öffentliche Einrichtungen ausgenommen? Dazu §§ 11 f. InsO und unten Rn. 283 ff. (§ 7 II 3).
- Gibt es nur ein Standardverfahren oder werden verschiedene Varianten je nach Beschaffenheit des Vermögens oder nach der Stellung des Schuldners im Markt oder nach der Zusammensetzung des Gläubigerkreises oder nach anderen Kriterien vorgesehen? Dazu unten Rn. 141 ff. (§ 4 II).
- Welche Erwartungen setzen Gläubiger, Schuldner und Umwelt (zum Beispiel die um den Erhalt von Arbeitsplätzen bangende Allgemeinheit; oder die Kommune, die das Krankenhaus oder das Theater als wichtige Institution nicht verlieren will) in das Insolvenzverfahren? Welche Bedeutung kommt der Zerschlagung und dem Marktaustritt zu, welche der Reorganisation und Sanierung des Schuldnervermögens, welche der Ermöglichung unbeschwerten

3 Siehe oben Rn. 11 ff.

4 Zum Nachstehenden vgl. *Becker*, Außenwirkung und Innenwirkung, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen (Hrsg.), Insolvenzrecht auf dem Prüfstand, 2002, S. 133 ff.

oder zumindest teilweise von Schuldenlast befreiten Neubeginns für den Schuldner auch ohne vollkommene Bedienung der Gläubiger? Dazu unten Rn. 129 ff. (§ 4 I).

- Muß man generell oder unter einzelnen Aspekten zwischen böslicher Regelverletzung des Schuldners (Leistungsunwilligkeit mit oder ohne Leistungsunfähigkeit) und schlichtem Scheitern am Markt (Leistungsunfähigkeit allein) unterscheiden? Siehe z.B. §§ 1, 133, 290 InsO.
- Legt man in einer Geldwirtschaft besonderes Augenmerk auf die Zahlungsunfähigkeit, eventuell auch auf das in Geldbeträgen ausgedrückte Verhältnis von Haben und Schulden, oder spielt auch die sonstige Leistungsfähigkeit eine Rolle? Dazu §§ 17–19 InsO und unten Rn. 414 ff. (§ 9 I).
- Wer ist am Insolvenzverfahren beteiligt? Dazu unten Rn. 253 ff. (§ 7).
- Welche Organe hat das Insolvenzverfahren? Welche Personen und welche Einrichtungen sind geeignet, Organstellung einzunehmen? Kommen nur staatliche Einrichtungen (namentlich Gerichte) in Frage? Wie ist die Zuständigkeit geordnet? Dazu unten Rn. 306 ff. (§ 7) und 422 ff. (§ 10).
- Welche Kosten sind mit dem Insolvenzverfahren verbunden? Wer trägt diese vorläufig und wer endgültig? Dazu unten Rn. 548 ff. (§ 13).
- Hat die Kostendeckung Einfluß auf die Frage, ob überhaupt ein Verfahren eröffnet beziehungsweise zu Ende geführt wird? Dazu unten Rn. 736 ff. (§ 16).
- Wann macht der ungünstige Verlauf ein Vermögen reif für das Verfahren? Ist es die Illiquidität oder schon ihr Bevorstehen? Ist es Überschuldung ohne akuten Mangel an flüssigen Mitteln? Ist es gar schon Verschuldung in gewisser Höhe ohne Überschuldung? Dazu unten Rn. 414 ff. (§ 9).
- Wie lange besteht Raum zur Behebung der Verfahrensvoraussetzungen durch Sanierung oder durch eingeworbene Unterstützung einschließlich unmittelbarer staatlicher Beihilfen? Enthält das Verfahrensecht Vorkehrungen gegen die Gefahr von Ressourcenfehlallokationen und Wettbewerbsverzerrungen, wenn Kapitalanleger steuerwirksam in ein darniederliegendes Unternehmen investieren und allseits unterstützte Unternehmen in die Lage versetzt werden, mit Niedrigstpreisen die bislang leistungsfähige Konkurrenz aus dem Felde zu schlagen? Dazu unten Rn. 167 ff. (§ 5), 754 ff. (§ 17) und 1600 ff. (§ 34).
- Genügt die Insolvenz allein, um das Verfahren auszulösen, oder bedarf es der Initiierung durch einen Betroffenen? Genügt, wenn Insolvenz vorliegt, das bloße Begehren, es möge ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden, oder muß der Antragsteller weitere Vorleistungen erbringen? Siehe §§ 13 bis 15a InsO und unten Rn. 429 ff. (§ 9 II), 1543 ff. (§ 33 IV 1).
- Wer darf oder muß die Initiative zum Verfahren ergreifen? Herrscht staatliche Aufmerksamkeit, beispielsweise in der um den Verlust von Arbeitsplätzen besorgten Arbeitsverwaltung oder in der Finanzdienstleistungsaufsicht, oder gilt Privatautonomie? Kann gar ein wachsamer Unbeteiligter zum öffentlichen Wohle das Verfahren anstoßen? Dazu unten Rn. 429 ff. (§ 9 II).
- Wie weit reicht der Zugriff auf das Schuldnervermögen? Gibt es stets nur ein Verfahren oder kann es dezentrale Bewältigung geben? Welche Beschneidung von Handlungsmöglichkeiten müssen Schuldner und Gläubiger dabei hinnehmen? Wie steht es um den Lebensunterhalt des Schuldners und seiner Angehörigen während des Verfahrens und danach? Dazu unten Rn. 94 ff. (§ 3), 202 ff. (§ 6 V), 377 ff. (§ 8), 850 ff. (§ 20) und 874 ff. (§ 21).
- Wird das Vermögen auf jeden Fall umgehend stillgelegt oder vorerst weiterbewirtschaftet? Werden noch neue Geschäfte getätigt und welches ist das Schicksal schwebender (bislang noch nicht oder nur zum Teil in Vollzug gesetzter) Geschäfte? Dazu unten Rn. 874 ff. (§ 21) und 1077 ff. (§ 25).
- Wie erfahren Betroffene von den anstehenden und den gefällten Entscheidungen? Welche Bekanntheit erlangt das Verfahren in der Umwelt? Dazu unten Rn. 479 ff. (§ 11 II).
- Welche Auswirkungen hat das Verfahren auf den laufenden Zahlungsverkehr und auf Aufrechnungen? Dazu unten Rn. 598 ff. (§ 14 II) und 1167 ff. (§ 26).
- Wie werden die zu befriedigenden Forderungen ermittelt? Wie viel Anstoß und wie viel Kontrolle kommen dazu von den Beteiligten? Welcher Grad an Erkenntnis über den Bestand

einer Forderung wird im Insolvenzverfahren erreicht? Dazu unten Rn. 1244 ff. (§ 28) und 1271 ff. (§ 29).

- Bestehen Möglichkeiten, beiseite geschafftes Vermögen zurückzuholen? Dazu unten Rn. 598 ff. (§ 14 II) und 1005 ff. (§ 23).
- Wie wird Geld zur Befriedigung der Gläubiger erlöst? Ist gewöhnliches Agieren am Markt, eventuell in Abstimmung mit allen Beteiligten, möglich? Dazu unten Rn. 888 ff. (§ 21 III) und 1321 ff. (§ 30).
- Was geschieht mit Gegenständen, an denen Befriedigungsrechte bestehen, was mit Gegenständen, an denen Dritte stärkere Rechte als der Schuldner für sich in Anspruch nehmen? Dazu unten Rn. 962 ff. (§ 22), 1204 ff. (§ 27) und 1353 ff. (§ 30 III).
- Wie endet das Insolvenzverfahren? Dazu unten Rn. 1476 ff. (§ 32).
- Welche Folgen hat das Ende des Insolvenzverfahrens für Schuldner und Gläubiger? Dazu unten Rn. 1511 ff. (§ 33).
- Ist im Insolvenzverfahren Rechtsschutz gegenüber ungünstigen Entscheidungen vorgesehen? Dazu unten Rn. 523 ff. (§ 12).

93 Auch von diesen Fragen an die Einrichtung eines Insolvenzverfahrens ist einiges bereits oben[5] beschrieben. Zum Teil erscheinen sie in Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO, wo beispielhaft aufgezählt wird, auf welche Felder sich die in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO vorgesehene Anwendung des für das eröffnende Gericht heimischen Rechts im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren erstreckt. Viele Fragen kann man hinzunehmen wollen. Die eine oder andere aufgeführte Frage kann man als Detail beiseitelassen wollen. In den folgenden Paragraphen werden die Fragen in einige normative Aspekte aufgelöst. Abschließend behandeln lassen sie sich als allgemeine Fragen nicht immer. Manches kann man überhaupt nur in den Differenzierungen der einzelnen Regelungen, im Besonderen Teil also, beantworten. Denn selbstverständlich kann es keine allgemeine Verfahrensfrage ohne ihre Einbettung in ein besonderes Regelwerk zu einem bestimmten Stand des Verfahrens geben. Und umgekehrt ist jede besondere Regelung eingepaßt in Grundsätzliches, in die hauptsächlichen Dispositionen des verfahrensgestaltenden Gesetzes, dieses Grundsätzliche ausdrückend oder es modifizierend. So wird man beispielsweise als allgemeine Lehre festzuhalten haben, daß Insolvenzverfahren nur auf Antrag in Gang kommen. Die einzelnen Voraussetzungen, unter denen ein derartiger Antrag Erfolg hat, sind hier indessen nicht mehr abschließend, sondern näher erst im Besonderen Teil erläutert – ohne daß dies die einzig denkbare Anordnung sein müßte.

5 Oben unter Rn. 1 ff.

§ 3 Innerstaatliche und grenzüberschreitende Wirkungen von Insolvenzverfahren

Literatur: Siehe Hinweise in Rn. 67 und Rn. 79. Ferner *Beck*, Verteilungsfragen im Verhältnis zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO, NZI 2007, 1 ff.; *McBryde/Flessner/Kortmann* (Hrsg.), Principles of European Insolvency Law, 2003; *Flessner*, Grundsätze des europäischen Insolvenzrechts, ZEuP 2004, 887 ff.; *Garašić*, Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren, 2005; *Grönda/Bünning/Liersch*, Hase und Igel, oder: Die nachträgliche Eröffnung von Sekundärinsolvenzverfahren im Anwendungsbereich der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO), in: Festschrift Braun, 2007, S. 403 ff.; *Herchen*, Scheinauslandsgesellschaften im Anwendungsbereich der Europäischen Insolvenzverordnung, ZInsO 2003, 742 ff.; *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006; *Homann*, System der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens, KTS 2000, 343 ff.; *Jahn/Sahm* (Hrsg.), Insolvenzen in Europa, 4. Aufl., 2004; *Kindler*, Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut, in: *Sonnenberger* (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 497 ff.; *Ludwig*, Neuregelungen des deutschen Internationalen Insolvenzverfahrensrechts, 2004; *Mock/Schildt*, Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland, ZInsO 2003, 396 ff.; *Schilling*, Insolvenz einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2006; *Siehr*, Grundfragen des internationalen Konkursrechts, SJZ 1999, 85 ff.; *Staak*, Mögliche Probleme im Rahmen der Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO), NZI 2004, 480 ff.; *Triebiger*, Internationale (Verbraucher)Insolvenzverfahren, ein neuer Beratungsgegenstand für die Schuldner- und Insolvenzberatung?, ZInsO 2001, 251 ff.; *Ulmer*, Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften, NJW 2004, 1201 ff.; *Willemer*, Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung, 2006.

I. Nationales und Internationales Insolvenzrecht

1. Inlands- und Auslandswirkungen eines Insolvenzverfahrens

Das von einem inländischen Gericht eröffnete Insolvenzverfahren erzeugt Wirkungen zunächst einmal nur im Inland. Wirkungen im Ausland fänden unter fremder Hoheit statt. Inländische Gesetze, die Wirkungen im Ausland anordnen wollten, wären Eingriff in fremde Hoheit. Wirkungen im Ausland kann das inländische Verfahren aber zeitigen, wenn das ausländische Recht solche Wirkungen einräumt, das heißt, wenn das ausländische Recht das aus Sicht des Auslandes fremde Insolvenzverfahren im ganzen oder in einzelnen Gesichtspunkten wie ein im Ausland eröffnetes respektiert. Die Regeln des Internationalen Insolvenzrechts geben darüber Auskunft, ob und wie weit ein Insolvenzverfahren grenzüberscheitend wirkt. 94

Die Frage grenzüberschreitender Wirkungen des Insolvenzverfahrens stellt sich nur dort, wo die Insolvenz eines Schuldners in sich grenzüberschreitende Bezüge enthält. Tut sie dies, spricht man von internationaler Insolvenz oder von transnationaler Insolvenz. Dabei wird das Adjektiv »transnational« vornehmlich dann gebraucht, wenn die beiden von dem Insolvenzvorfall betroffenen Staaten miteinander in einer Organisation verbunden sind, die zwar selbst noch keine Staatsqualität hat, aber immerhin sich in der Entwicklung dahin befindet; das betrifft vor allem die Staaten der Europäischen Union untereinander. Das Adjektiv »international« ist demgegenüber der weitere Begriff, welcher jegliche Grenzüberschreitung kennzeichnet. 95

Grenzüberschreitende Bezüge entstehen insbesondere dann, wenn der Gemeinschuldner einen Sitz im Ausland (allein dort oder neben einem inländischen) hat, wenn dies bei einem Gläubiger der Fall ist, wenn Vermögen des Gemeinschuldners sich im Ausland befindet (dort »belegen« ist), wenn Rechte oder Pflichten des Gemeinschuldners (mag sein Sitz oder derjenige des Drit- 96

ten auch im Inland liegen) einer auswärtigen Rechtsordnung unterstehen, wenn ein vorgesehener Ort für die Leistung des Gemeinschuldners oder seines Drittschuldners im Ausland liegt.

97 Nicht jede Grenzüberschreitung des Sachverhaltes löst Grenzüberschreitung des Verfahrens aus. Umgekehrt sind selbstverständlich grenzüberschreitende Bezüge Ausgangspunkt des Problems grenzüberschreitender Verfahrenswirkungen. Die Regeln des Internationalen Insolvenzrechts erteilen zunächst darüber Auskunft, ob die grenzüberschreitenden Angelegenheiten mit einem separaten auswärtigen Verfahren zu bewältigen sind oder nicht. Im einen wie im anderen Falle enthält das Internationale Insolvenzrecht sodann Regeln für die Ausgestaltung des Verfahrens im Hinblick auf die grenzüberschreitenden Bezüge. Nicht hingegen liefert das Internationale Insolvenzrecht ein vollständiges Regelwerk zur Abwicklung eines Insolvenzverfahrens mit grenzüberschreitenden Bezügen.

2. Verfahrensherrschaft des nationalen Rechts

98 Im Kern beläßt Internationales Insolvenzrecht selbst dann, wenn es aus internationaler Quelle herrührt, die **Ausgestaltung des Verfahrens** dem nationalen Recht. Jedes internationale Insolvenzverfahren ist ein nationales Verfahren. Die Besonderheit des nationalen Verfahrens besteht lediglich darin, daß es wegen seiner grenzüberschreitenden Bezüge zusätzlichen Regeln unterworfen ist. Hingegen gibt es keine internationale Einrichtung, welche Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen durchführen würde. Und es gibt derzeit noch keine Regeln für ein insgesamt internationales Verfahren, welches nicht von nationalen Regeln beherrscht würde. Allerdings tragen – ähnlich wie die Suche nach Gemeinsamkeiten der europäischen Vertragsrechtsordnungen – Bemühungen erste Früchte, den europäischen Insolvenzgesetzen gemeinsame Linien zu entnehmen, die Grundlage eines einheitlichen europäischen Insolvenzrechts werden können[1].

3. Herkunft und Anknüpfungspunkte des Internationalen Insolvenzrechts

99 Die **Herkunft** Internationalen Insolvenzrechts kann ihrerseits international sein, muß es aber nicht. Internationales Insolvenzrecht kann ebenso gut national erzeugt werden. Letzteres ist sogar der Grundsatz. Das national erzeugte Internationale Insolvenzrecht ist außerdem im Grundsatz frei ausgestaltet. Allerdings kann das nationale Internationale Insolvenzrecht auch nach Standards aus internationalen Übereinkünften oder transnationalen Richtlinien geschaffen sein. Darüber hinaus ist es sogar möglich, daß internationale Übereinkünfte oder transnationale Regelungsakte unmittelbar das nationale Insolvenzrecht mit Regeln über internationale Insolvenzen ausstatten. Dann hat der nationale Gesetzgeber allenfalls noch Ausführungsbestimmungen zu treffen.

100 In allen diesen Punkten weist Internationales Insolvenzrecht **strukturelle Gemeinsamkeiten mit dem Internationalen Privatrecht** auf. Im übrigen überschneidet Internationales Insolvenzrecht sich auch inhaltlich vielfältig mit Internationalem Privatrecht. Die Behandlung privatrechtlicher Positionen im Insolvenzverfahren schlägt

1 *McBryde/Flessner/Kortmann* (Hrsg.), Principles of European Insolvency Law. Dazu: *Flessner*, ZEuP 2004, 887 ff. Dokumentation der Prinzipien in deutscher Übersetzung in ZEuP 2004, 1068 ff.

zurück in die Gestaltung dieser Positionen und bei mancher Regel des Internationalen Insolvenzrechts ist es – im einzelnen umstritten – zumindest nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, daß sie zugleich Internationales Privatrecht darstellt.

Die entscheidenden Merkmale in den Regeln des Internationalen Insolvenzrechts sind, den grenzüberschreitenden Bezügen folgend, **örtlich** formuliert. Es geht darum, wo sich ein Sitz befindet oder wo Vermögensgegenstände belegen sind. Bei dem Sitz kann es sich um einen Wohnsitz oder einen Geschäftssitz handeln; es kann der alleinige oder einer von mehreren sein, derjenige des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers oder eines Drittschuldners. Die Regeln Internationalen Insolvenzrechts nutzen diese Merkmale für die Zuweisung des je anstehenden Problems in ein nationales Insolvenzrecht. Die Merkmale lösen also als Kollisionsnormen einen Verteilungsmechanismus aus. Daneben dienen sie zur Ausbildung ergänzender Anordnungen. Auch in diesen Funktionen besteht Übereinstimmung mit dem Internationalen Privatrecht. 101

Nicht dagegen kommt es für die Annahme oder Verneinung grenzüberschreitender Verfahrenswirkungen primär darauf an, welchem **Statut** ein betroffenes Recht materiell unterliegt. Im Gegenteil bleibt nicht allein die sachlich-rechtliche Betrachtung des Rechts für sich genommen im Insolvenzverfahren unverändert. Sondern die Regeln des Internationalen Insolvenzrechts sorgen in vielerlei Hinsicht dafür, daß auch die insolvenzrechtlichen Konsequenzen nach Möglichkeit demselben Statut zu entnehmen sind, welches das Recht materiellrechtlich beherrscht – gleichviel, welches Statut für das Insolvenzverfahren im ganzen gilt. Damit soll das Schicksal des Rechts auch in der Insolvenz berechenbar bleiben. 102

Auch der **Erfüllungsort** für eine Forderung ist in den Regeln des Internationalen Insolvenzrechts nicht allein aus sich heraus Anknüpfungspunkt für die Zuweisung. Er kann zwar bei der Bestimmung des materiellrechtlichen Statuts oder bei Bestimmung der Forderungsbelegenheit und damit mittelbar für insolvenzrechtliche Konsequenzen von Belang sein. An und für sich stellt er jedoch kein Problem für die Insolvenzverfahren dar. Erst wenn der Insolvenzverwalter einen Drittschuldner an fremdem Ort zur Leistung zwingen muß, können sich Verfahrensprobleme auftun. Deren Lösung ist aber – da insoweit eine Individualauseinandersetzung stattfindet, deren Ergebnis erst wieder in das Insolvenzverfahren zurückfließt – im Internationalen Zivilprozeßrecht und im Internationalen Zwangsvollstreckungsrecht zu suchen. 103

Die deutsche Rechtsordnung enthält sowohl autonom geschaffenes, nationales Internationales Insolvenzrecht als auch aus internationalen Abkommen und Übereinkommen (Konkursverträgen) hervorgegangenes und schließlich – mit besonderer Bedeutung – das für die grenzüberschreitenden Bezüge innerhalb der Europäischen Union (mit Ausnahme Dänemarks) entstandene transnationale Recht. Letzteres liegt hauptsächlich in Gestalt der europäischen Insolvenzverordnung[2] vor[3]. Besonders behandelt werden allerdings Insolvenzen von Finanzdienstleistern (Kreditinstituten, Versicherern) sowie die Finanzverkehrssysteme[4]. Soweit die EuInsVO sich für Insolvenzen in der Finanzwirtschaft selbst für unanwendbar erklärt (Art. 1 Abs. 2 EuInsVO), gilt richtlinienverwirklichendes nationales Insolvenzrecht, das nationale Internationale Insolvenzrecht hierin inbegriffen. Wo aber die EuInsVO Geltung hat, also betreffend die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ohne Dänemark (siehe Erwägungsgründe 4 bis 8, 32 und 33 zur EuInsVO[5]), verschließt sie den Rückgriff auf ältere Übereinkünfte (Konkursverträge), da sie insoweit an deren Stelle trat (Art. 44 104

2 Siehe wegen der Quellen oben Rn. 64 f.

3 Die nach Schaffung der EuInsVO zum 1. Mai 2004 beigetretenen 10 neuen Mitgliedstaaten schlossen sich der justitiellen Zusammenarbeit und dabei der EuInsVO an.

4 Siehe oben Rn. 65.

5 Die Nichtbeteiligung Dänemarks an der EuInsVO wird nicht etwa durch Anwendung der Regeln des europäischen Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrechts ausgeglichen. Vielmehr greifen besondere zwischenstaatliche Verträge oder die allgemeinen Regeln des Internationalen Insolvenzrechts ein.

Abs. 1 EuInsVO. Wegen der Beziehungen zu Drittstaaten bleiben die älteren Übereinkünfte in Kraft (Art. 44 Abs. 2 EuInsVO).

105 Die europäische Insolvenzverordnung steht eigenständig neben dem europäischen Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrecht. Denn die Verordnung (EG) N. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen[6] betrifft, wie schon das vorangegangene Brüsseler Übereinkommen vom Jahre 1968, keine Konkurse, Vergleiche oder ähnliche Verfahren (Art. 1 Abs. 2 Buchstabe b EuGZAVVO), sondern nur individuelle Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiete des Zivilrechts.

II. Europäisches Insolvenzrecht

1. Regelung durch Verordnung (EuInsVO)

106 Die europäische Insolvenzverordnung ging aus einem europäischen Übereinkommen vom Jahre 1995 hervor, welches wegen Blockade durch das Vereinigte Königreich nicht wirksam werden konnte[7]. Sie trat am 31. Mai 2002 in Kraft (Art. 47 EuInsVO) und betrifft alle seitdem neu anhängig werdenden Insolvenzverfahren – sowohl Liquidationsverfahren (Art. 2 Buchstabe c EuInsVO nebst Anhang B) als auch nicht auf Zerschlagung ausgerichtete Verfahren. Die Ausrichtung der EuInsVO am Text des gescheiterten Übereinkommens geht so weit, daß ihre erläuternden Anhänge neben dem Insolvenzverfahren noch immer Konkurs, Vergleichsverfahren und Gesamtvollstreckungsverfahren aufführen, obwohl es äußerst unwahrscheinlich war, daß am 31. Mai 2002 noch Altanträge aus der Zeit vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung unerledigt und deswegen weiterhin nach altem Recht zu bearbeiten (siehe Art. 103 EGInsO) gewesen sein sollten. Die mit Wirkung zum 1. Mai 2004 beigetretenen zehn neuen Mitgliedstaaten schlossen sich der Insolvenzverordnung an[8].

107 Die EuInsVO enthält **einheitliche Verfahrensregeln für grenzüberschreitende Insolvenzen.** Kollisionsnormen, also Regeln über die Zuweisung von Verfahrensfragen in die eine oder eine andere nationale Verfahrensordnung mischen sich mit unmittelbar das Verfahren regelnden Vorschriften.

108 Als unmittelbar geltendes europäisches Recht (Art. 249 Unterabsatz 2 Satz 2 EGV) geht die Verordnung in ihrem räumlichen Anwendungsbereich den nationalen Regeln für internationale Insolvenzen vor (und ersetzt die internationalen Konkursverträge[9]). Motivation für die Schaffung einheitlicher Regeln war die Beobachtung, daß in einem immer enger werdenden Geflecht grenzüberschreitender wirtschaftlicher Beziehungen in der Europäischen Union Schuldner oder andere von Insolvenz Betroffene sich gezielt um die grenzüberschreitende Verlagerung von Vermögen oder Rechtsstreitigkeiten bemühten, um so günstigere insolvenzrechtliche Lagen zu gewinnen. Diesem Gerichtsstand-Heischen (sogenanntes *forum shopping*) ist die Grundlage zu einem großen Teil entzogen, wenn die Zuordnung des einschlägigen Regelwerks standardisiert und nicht länger den nationalen Rechten überantwortet ist (Erwägungsgründe 2 bis 8 zur EuInsVO).

6 ABl. EG 2001, L 12/1.

7 Kurze Zusammenfassung der Vorgeschichte zur EuInsVO in der Begründung zum Entwurf des Gesetzes vom 14. März 2003, BT-Drucks. 15/16, S. 11. Siehe im übrigen in der vor Rn. 65 zitierten Literatur zur EuInsVO.

8 Art. 20 der Beitrittsakte mit Anhang II Nr. 18 Buchstabe A Nr. 1 Buchstabe a. Die Beitrittsakte ist dem Vertrag über die Aufnahme der neuen Mitglieder vom 16. April 2003 beigefügt. Der Vertrag mit Beitrittsakte ist veröffentlicht BGBl. II, 2003, 1408; die Anhänge zur Beitrittsakte befinden sich in einem besonderen Anlagenband zum Bundesgesetzblatt, Teil II, 2003, Nummer 27.

9 Siehe zuvor Rn. 104.

2. Umsetzung

Einige Regeln der europäischen Insolvenzverordnung können nicht ohne weiteres wirken, sondern bedürfen **ergänzender Vorkehrungen** durch die Mitgliedstaaten. Die Bundesrepublik Deutschland erließ daher im Jahre 2003 Ausführungsbestimmungen in Art. 102 EGInsO. Dieser Artikel enthielt ursprünglich das deutsche Internationale Insolvenzrecht. Dessen Regeln wurden in §§ 335 ff. InsO neu gefaßt und betreffen die Grenzüberschreitungen zu anderen Staaten als den Mitgliedern der Europäischen Union (sowie zu Dänemark). Soweit EuInsVO und Art. 102 EGInsO noch Fragen offenlassen, kann man §§ 335 ff. InsO ergänzend heranziehen (sofern das ohne Widerspruch zu dem europäischen Insolvenzrecht und dem deutschen Ausführungsrecht möglich ist). 109

3. Verbindung mit dem nationalen Verfahrensrecht

Die EuInsVO unterscheidet **nicht** danach, wer Schuldner ist (Erwägungsgrund 9 zur EuInsVO). Auf jegliche Insolvenz, auf diejenige eines Kaufmannes beispielsweise ebenso wie auf diejenige eines Verbrauchers, findet sie Anwendung. Da allerdings die EuInsVO kein eigenes Insolvenzverfahren bereithält, bleibt ein nationales Insolvenzrecht einschlägig (Art. 4 Abs. 1 EuInsVO), und dieses antwortet darauf, ob es für bestimmte Schuldner ein Insolvenzverfahren gibt oder nicht (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe a EuInsVO). Lediglich Finanzdienstleister sind, wie schon ausgeführt[10], von der EuInsVO ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 EuInsVO). Im übrigen muß man die generelle Verweisung in das nationale Insolvenzverfahrensrecht in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EuInsVO weit interpretieren. Die Themenaufzählung dazu in Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO ist nicht abschließend. Dies bedeutet, daß ein in Deutschland zu eröffnendes Verfahren ins Ausland nicht nur mit seinem Voranschreiten gemäß der Insolvenzordnung wirkt. Auch beispielsweise insolvenzrechtliche Regelungen aus den gesellschaftsrechtlichen deutschen Gesetzen entfalten mittels Art. 4 EuInsVO grenzüberschreitende Wirkung[11]. 110

4. Regelungsgehalte

Themen der EuInsVO sind vor allem Bestimmungen zur internationalen, vorzugsweise zu einem Hauptinsolvenzverfahren[12] an einem Ort zusammengezogenen insolvenzgerichtlichen Zuständigkeit (Art. 3 EuInsVO) sowie zu dem Insolvenzverfahrensrecht, welches das zuständige Gericht anwendet (Art. 4, 28 EuInsVO). Anzuwenden ist **grundsätzlich** das aus der Sicht des Gerichts heimische Insolvenzrecht. Hinzu treten in der EuInsVO festgelegte Modifikationen; diese sind aber häufig nicht inhaltlicher Natur, sondern bestehen darin, daß für bestimmte Probleme ein anderes nationales Recht angesteuert wird. 111

Im Anschluß an die Festlegung von Zuständigkeiten stellt sich die Frage nach der räumlichen und sachlichen Reichweite eines Insolvenzverfahrens. Dies schließt die Kompetenz seiner Akteure, namentlich des Verwalters oder des vorläufigen Verwalters mit möglichst umfassender Zugriffsgewalt (Art. 18, 38 EuInsVO), ebenso ein wie die Befugnis eines Gläubigers, sich über die Grenzen hinweg mit seiner Forderung anzumelden (Art. 32 Abs. 1, 36, 39 EuInsVO). Zentraler Begriff ist die Anerkennung eines Insolvenzverfahrens im Ausland (Art. 16 f. EuInsVO). Ohne grenzüberschreitende Verfahrenswirkung wäre die auf möglichst starke Konzentration an einem Ort zielende Zuständigkeitsregelung unvollständig. 112

Dazu tritt die Verflechtung (Koordinierung) gleichzeitig in verschiedenen Mitgliedstaaten ablaufender Verfahren (Art. 3 Abs. 2 bis 4, Art. 27 ff. EuInsVO). Ein ausnahmsweise nicht alles Schuldnervermögen konzentrierendes (räumlich begrenztes) und vor einem derartigen Hauptinsolvenzverfahren eröffnetes partikulares Insolvenzverfahren wird gelenkt (Art. 36 f. EuInsVO)[13]. Der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens kann verlangen, daß das ältere, räumlich begrenzte Verfahren in ein Liquidationsverfahren umgewandelt werde, falls es nicht schon ein 113

10 Oben Rn. 65 ff. und Rn. 104.

11 *Kindler*, in: *Sonnenberger*, S. 497 ff., 501 ff.

12 Zum Begriff unten Rn. 125 f.

13 Näher zu Hauptinsolvenzverfahren und Partikularinsolvenzverfahren unten Rn. 123 ff.

solches ist (Art. 37 EuInsVO). Auf diese Weise bewirkt der auswärtige Verwalter bei Bedarf, daß seine umfassende Liquidation oder seine umfassende Sanierung nicht durch einen örtlichen Sanierungsversuch gestört wird. Deutsche Insolvenzverfahren trifft dies nicht, da sie wegen ihrer **Doppelgesichtigkeit**[14] immer Liquidationsverfahren sind (siehe Anhang B zur EuInsVO), auch wenn tatsächlich ein Insolvenzplan entsteht. Mit einem örtlichen deutschen Insolvenzplan muß sich daher der umfassend tätige auswärtige Verwalter abfinden.

114 Die erwähnte grenzübergreifende Anerkennung des in einem Mitgliedstaate eröffneten Insolvenzverfahrens ist umfassend. Sie besteht zum Mindesten, nämlich bei einem manchmal zulässigen Nebenverfahren, darin, daß ein anderer Mitgliedstaat das Verfahren als im Verfahrensstaat wirkend gegeben hinzunehmen hat (Art. 17 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO). Grundsätzlich aber, nämlich im Regelfall des an einem Punkte konzentrierten hauptsächlichen Insolvenzverfahrens, geht sie sogar so weit, daß die anderen Staaten das aus ihrer Sicht fremde Verfahren wie ein im eigenen Lande durchgeführtes ansehen müssen (Art. 17 Abs. 1 EuInsVO). Inhaltlich reicht das bis zur Restschuldbefreiung des Schuldners (Umkehrschluß aus Reichweitenbestimmung für das Territorialverfahren in Art. 17 Abs. 2 Satz 2 InsO)[15]. Lediglich im seltenen Fall, daß die Anerkennung eines auswärtigen Insolvenzverfahrens gegen grundlegende Rechtsgedanken oder sonstige Aspekte seiner öffentlichen Ordnung, das heißt gegen den *ordre public* eines Mitgliedstaates verstieße, braucht er insoweit das fremde Verfahren nicht anzuerkennen (Art. 26 EuInsVO). Diese Verweigerung betrifft aber nur den problematischen Punkt, nicht ohne weiteres das Verfahren insgesamt. Vorstellbar wäre ein solcher Verstoß beispielsweise dann, wenn ein Mitgliedstaat den Schuldner bei der Restschuldbefreiung auch von seiner Verpflichtung zur Zahlung einer Geldstrafe (§ 40 StGB) entlasten sollte (vgl. § 302 Nr. 2 InsO).

115 Mit einer Reihe von Maßnahmen verhilft die EuInsVO dem Anliegen grenzüberschreitender Abwicklung oder zumindest grenzüberschreitender Koordinierung von Insolvenzverfahren zur Verwirklichung. Dazu zählen Fragen der Eröffnung und der Beendigung des Verfahrens (Art. 27 bis 30, 34, 36 EuInsVO), Bekanntmachungen, Registrierungen und Benachrichtigungen (Art. 21, 22, 40 EuInsVO), ferner die auswärtige Ausführung insolvenzgerichtlicher Entscheidungen (Art. 26 EuInsVO) und Mitwirkung des einen Verwalters beim anderen Verfahren (Art. 29, 31 bis 35, 36 EuInsVO). Dazu zählen Regeln zur Bestimmung der Insolvenzmasse, zu Aussonderung und Absonderung, zu Aufrechnung und Durchbrechung von Vermögensverschiebungen, zur Erledigung schwebender Geschäfte oder schwebender Prozesse (Art. 5 bis 15 EuInsVO). Dazu zählen außerdem Regeln zu Anmeldung und Bedienung von Forderungen (Art. 39, 32, 36 EuInsVO), desgleichen zu Beschneidungen von Forderungen durch Stundung, Kürzung, oder gänzliche Befreiung (Art. 17 Abs. 2 Satz 2, Art. 34 Abs. 2, 36 EuInsVO).

116 Im einzelnen sind die Regelungen der EuInsVO nebst deutschen Ausführungsbestimmungen bei der Beschreibung der einschlägigen Verfahrensfragen darzustellen.

III. Sonstiges Internationales Insolvenzrecht

117 Insolvenzfälle mit Bezug zu Staaten außerhalb der Europäischen Union (oder mit Bezug nach Dänemark) sind an §§ 335 ff. InsO zu messen. Und auch wenn eine Insolvenz außer den innergemeinschaftlichen Bezügen (von Dänemark abgesehen) noch Bezüge außerhalb der Europäischen Union (oder nach Dänemark) haben sollte, sind diese Vorschriften Vorgabe für die deutsche Insolvenzgerichtsbarkeit, soweit es um eben diese zusätzlichen Auslandsberührungen geht. Außerdem stehen die Regeln des deutschen Internationalen Insolvenzrechts zur Verfügung, wo europäisches Insolvenzrecht und deutsches Ausführungsrecht dazu lückenhaft sind.

118 Die in §§ 335 ff. InsO enthaltenen Lösungen weisen im großen und ganzen dieselben Strukturen auf wie diejenigen der europäischen Insolvenzverordnung. Allerdings sind Konzentration und Kooperation nicht ganz so tief ausgeprägt, wie in dem in seiner Integration weit vorangeschrittenen Binnenmarkt. Nichtsdestoweniger sind Entwicklungen in Richtung auf einen einheitlichen Welt-Justizraum unverkennbar.

14 Siehe unten Rn. 140.

15 Siehe auch *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 3 InsO, Rn. 5.

Wie die europäische Insolvenzverordnung schafft auch das deutsche Internationale Insolvenzrecht einen Kompromiß aus Streben nach Zuständigkeitskonzentration bei Möglichkeit mehrerer, aber aufeinander abzustimmender Verfahren. §§ 335 ff. InsO sind knapper gefaßt als die EuInsVO. Nach der Vorstellung der Entwurfsverfasser kann die EuInsVO als Hilfe zur Interpretation des deutschen Internationalen Insolvenzrechts dienen[16]. Die zentralen Begriffe Hauptinsolvenzverfahren und Sekundärinsolvenzverfahren (§ 341 Abs. 1 InsO) sind auf die EuInsVO (und auf die ältere Dogmatik) abgestimmt und in §§ 335 ff. InsO nicht eigens definiert. Im Einklang mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO besonders beschrieben ist lediglich der Begriff des Partikularverfahrens (§ 354 Abs. 1 InsO).[17] 119

Ein gewichtiger Unterschied zur europäischen Insolvenzverordnung besteht aber in der Frage der Gegenseitigkeit. Die gleichmäßige Wirkung der EuInsVO in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten ergibt sich aus ihrem Wesen als unmittelbare Wirkung entfaltender Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaft. Das deutsche Internationale Insolvenzrecht hingegen kann wie jedes nationale Recht als Rechtsakt eines einzelnen Staates lediglich für das eigene Hoheitsgebiet Geltung beanspruchen. Es vermag nicht wirksam anzuordnen, daß auswärtige Insolvenzgerichtsbarkeit, Insolvenzverwaltung und Aktivität Betroffener sich aus den gleichen Gründen zurückzuziehen habe, wie es Zuständigkeit und Handlungsspielraum der deutschen Gerichte, des deutschen Verwalters und der in Deutschland ansässigen Betroffenen aus Rücksichtnahme auf auswärtige Verfahren beschneidet. Die Ausformung von dem deutschen Internationalen Insolvenzrecht ähnlichen Regeln in auswärtigen Internationalen Insolvenzrechten ist daher der Hoffnung oder der Aushandlung von Übereinkünften überlassen. Einseitig kann nationales Internationales Insolvenzrecht lediglich zweierlei tun: zum einen das Beugen unter fremde Souveränität, also den – nicht unbedenklichen – Verzicht auf eigene Wahrnehmung der Justizgewährpflicht; zum andern die Vorgabe setzen, daß das deutsche Insolvenzverfahren sich, soweit das ohne Anmaßung gegenüber auswärtiger Hoheitsgewalt geschehen kann, immerhin darum bemühen möge, auswärtiges Vermögen des Schuldners beizuziehen und auswärtige Gläubiger zu bedienen. 120

§§ 335 ff. InsO legen die internationale Zuständigkeit (§ 354 InsO) und das für ein Verfahren maßgebliche Statut (§§ 335 bis 340 InsO) fest. Bei der Zuständigkeitsfrage wäre klarere Ausdrucksweise dazu wünschenswert, daß im Grundsatz die zur innerstaatlichen Verteilung geschaffenen Regeln des § 3 InsO auch der internationalen Zuordnung eines universellen Insolvenzverfahrens, eines Hauptinsolvenzverfahrens dienen. Auf dieser Grundlage ist § 354 InsO als Ergänzung zu verstehen, welche für weitere Fälle ein Partikularverfahren in Deutschland, sich auf hier belegenes Vermögen beschränkend, verortet. Das **maßgebliche Statut** ist das Recht des Verfahrensstaates (§ 335 InsO). Für ein in Deutschland eröffnetes Verfahren bedeutet dies die Anwendung der deutschen Insolvenzordnung. Dem auswärtigen Verfahren wird mit der Regelung selbstverständlich nichts vorgeschrieben; vielmehr drückt § 335 InsO den Respekt deutscher Gerichte, welche sich mit Wirkungen auswärtiger Verfahren befassen müssen vor dem auswärts geltenden oder auswärts (durch auswärtiges Internationales Insolvenzrecht) herangezogenen Insolvenzverfahrensrecht aus. Einige Besonderheiten zum Statut sind in §§ 336 bis 340 InsO bestimmt. 121

Die Regelungen zur Reichweite des Insolvenzverfahrens sind vom Prinzip der Universalität geprägt. Das auswärtige Verfahren wird in Deutschland anerkannt und unterstützt (§§ 343 bis 353, 356 bis 358 InsO). Auswärtige Gläubiger werden zu allen deutschen Verfahren, selbst wenn sie sich als Sekundärverfahren[18] nur auf in Deutschland belegenes Vermögen beziehen, zugelassen (§ 341 Abs. 1 InsO). 122

16 Siehe Begründung zum Regierungsentwurf von § 335 InsO, BT-Drucks. 15/16, S. 18.
17 Zu diesen Bezeichnungen näher unten Rn. 127 f.
18 Näher unten Rn. 128.

IV. Reichweite eines Insolvenzverfahrens bei Grenzüberschreitung: Universalverfahren oder Territorialverfahren?

123 Die in der europäischen Insolvenzverordnung und im deutschen Internationalen Insolvenzrecht getroffenen Regeln fußen auf der Mischung und somit wechselseitiger Abmilderung zweier Prinzipien: des Universal- oder Universalitätsprinzips einerseits und des Territorial- oder Territorialitätsprinzips andererseits. Ein Insolvenzverfahren verfolgt den Grundsatz strengster Universalität, wenn es für sich in Anspruch nimmt, weltweit alle Vermögensgegenstände des Schuldners zu erfassen und weltweit alle Gläubiger zu bedienen und darüber hinaus allerorten andere Befriedigungswege (weitere Insolvenzverfahren oder Einzelzwangsvollstreckungen) verschließt. Ein so scharf gefaßtes Universalitätsprinzip wäre als Einheitsprinzip zu bezeichnen. Hingegen bedeutet das Territorial- oder Territorialitätsprinzip in seinem striktesten Verständnis, daß nur das im Staat, dessen Gericht das Insolvenzverfahren eröffnete, belegene Vermögen erfaßt wird und auch nur die dort ansässigen Gläubiger bedient werden.

124 EuInsVO und deutsches Internationales Insolvenzrecht verfolgen Mittelwege. Sie gehen zwar vom Universalitätsprinzip und damit von Grenzüberschreitung aus, nehmen aber nicht ausnahmslos Exklusivität des an einem Ort konzentrierten universalen Verfahrens an. Vielmehr kennen beide Regelwerke örtliche Verfahren neben einem wirklich begonnenen Universalverfahren oder auch ohne Existenz eines Universalverfahrens. Umgekehrt sind örtliche Verfahren auswärtigen Gläubigern nicht verschlossen (Art. 32 Abs. 1, 36, 39 EuInsVO; § 341 Abs. 1 InsO).

1. Grenzüberschreitendes Verfahren

125 Das grenzüberschreitende Verfahren heißt **Hauptinsolvenzverfahren** (Art. 27 mit Art. 3 Abs. 1 EuInsVO; §§ 341 Abs. 1, 356 Abs. 1 Satz 1 InsO). Es erfaßt auch das außerhalb des Verfahrensstaates belegene Vermögen. Art. 3 Abs. 1, 27 EuInsVO können diese Universalität zwar nur hinsichtlich des Vermögens in den Mitgliedstaaten regeln. Aber es kann das nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO in Deutschland eröffnete Hauptinsolvenzverfahren durchaus auch in Staaten außerhalb des Teilnehmerkreises ausstrahlen. Dies hängt jedoch nicht mehr von der europäischen Verordnung ab, sondern von der auswärtigen Anerkennung des deutschen Verfahrens gemäß Staatsverträgen oder gemäß dem auswärtigen Internationalen Insolvenzrecht. Die von Staat zu Staat einzeln zu prüfende auswärtige Anerkennung ist Antwort auf den im deutschen Internationalen Insolvenzrecht stillschweigend vorausgesetzten Anspruch auf universelle Wirkung für den Fall auswärtiger Anerkennung. Wünschenswert wäre es gewesen, daß wenigstens für die Beziehung der Mitgliedstaaten untereinander der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 EuInsVO den Anspruch des am Mittelpunkt der Schuldnerinteressen ausgelösten Insolvenzverfahrens auf grenzüberschreitende Masseerfassung zum Ausdruck gebracht hätte. Statt dessen ist man auf einen Umkehrschluß aus der der Regelung des räumlich begrenzten Verfahrens in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO[19] angewiesen.

126 Trotz seines Anspruchs auf weltweite Durchführung muß das Hauptinsolvenzverfahren jedoch unter gewissen Umständen andere, separate Verfahren von beschränkter

19 Zum Territorialverfahren sogleich Rn. 127 f.

räumlicher Ausdehnung tolerieren. Einen Konflikt mit einem weiteren Universalverfahren vermeidet Art. 3 Abs. 1 EuInsVO für das Gebiet der Europäischen Union (ohne Dänemark), indem die Zuständigkeit an einem einzigen Ort konzentriert wird[20]. Die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens jenseits der Grenzen des Gemeinsamen Marktes aufgrund anders definierter Zuständigkeit kann Art. 3 Abs. 1 EuInsVO freilich nicht verhindern. Die Respektierung eines fremden Hauptinsolvenzverfahrens ist nicht Regelungsanliegen der EuInsVO. Sie ist vielmehr dem nationalen Internationalen Insolvenzrecht zu entnehmen (§ 343 Abs. 1 Satz 1, 356 Abs. 1 Satz 1 InsO).

2. Territorialverfahren

Ein auf das im Verfahrensstaat belegene Vermögen sich beschränkendes Insolvenzverfahren bezeichnet man als Territorialverfahren. Nur in einem sehr strengen Sinne genommen würde dieser Begriff die Beteiligung auswärtiger Gläubiger ausschließen. Diese Bedeutung hat der Begriff des Territorialverfahrens jedoch normalerweise nicht. Vielmehr steht das einmal eröffnete Territorialverfahren ebenso **auswärtigen Gläubigern offen** wie das Hauptinsolvenzverfahren (Art. 32 Abs. 1, 36, 39 EuInsVO; § 341 InsO). Im Ansatz gleichbedeutende gebräuchliche Bezeichnungen für das Territorialverfahren sind Parallelverfahren und Partikularverfahren. Die letzte verwenden EuInsVO und §§ 354 ff. InsO. Der Ausdruck **Parallelverfahren** zeigt die räumliche Beschränktheit dadurch auf, daß das Verfahren nur als eines von mehreren laufenden oder zumindest mehreren möglichen Verfahren ist. Dieser Gleichlauf kann im Verhältnis zu einem anderen Territorialverfahren bestehen oder zu einem Hauptverfahren. Der Ausdruck **Partikularverfahren** erklärt sich aus der Erfassung nur eines abgesonderten Teils (Partikels) des Schuldnervermögens. 127

Nun ist allerdings auch noch danach zu unterscheiden, ob ein Territorialverfahren eröffnet wurde, ohne daß irgendwo bereits ein Hauptinsolvenzverfahren im Gange wäre, oder ob es erst während schon laufenden Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet werden soll. Das während eröffneten Hauptinsolvenzverfahrens zusätzlich zu eröffnende Territorialverfahren heißt **Sekundärinsolvenzverfahren** (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EuInsVO; § 356 InsO), also Zweitverfahren. Wegen seiner Funktion, das Hauptverfahren zu unterstützen (vgl. Art. 31 EuInsVO, § 357 InsO), kann man das Sekundärverfahren auch als Hilfskonkurs bezeichnen[21]. Das Sekundärinsolvenzverfahren ist nur ein Unterfall des Partikularverfahrens – solange man den Begriff des Partikularverfahrens auf jedes Territorialverfahren erstreckt. Da nun aber das ohne Existenz eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnete Partikularverfahren nicht seinerseits eine besondere Unter-Bezeichnung hat, gerät der Begriff des Partikularverfahrens häufig aus der Rolle des Oberbegriffs und wird zum Spezialbegriff als Gegenstück zum Sekundärverfahren. In diesem Sinne ist Partikularverfahren nur noch das vor einem Hauptinsolvenzverfahren eröffnete Territorialverfahren; »Partikularverfahren« steht dann nur noch für »Partikularverfahren, das nicht Sekundärverfahren ist«, nicht mehr schlechthin für jedes Territorialverfahren. Ohne die Definition ausdrücklich hierauf einzuengen, verwendet die EuInsVO in der Tat den Begriff des Partikularverfahrens nur dann, wenn es nicht um Sekundärverfahren geht (Art. 3 Abs. 4 EuInsVO). Die 128

20 Über Zuständigkeit unten Rn. 443 ff.
21 Siehe *Siehr*, SJZ 1999, 85 ff.

Überschrift vor §§ 354 ff. InsO dagegen verwendet den Begriff Partikularverfahren als Oberbegriff, der auch Sekundärverfahren umfaßt. Deswegen sind auf das deutsche Sekundärverfahren (§ 356 Abs. 1 Satz 1 InsO) nicht nur §§ 356 bis 358 InsO anzuwenden, sondern auch §§ 354, 355 InsO. In den Ausschlußregelungen der §§ 46e Abs. 2 KWG und 88 Abs. 1b VAG (hiernach kann es in Deutschland allenfalls ein Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen einschlägiger Unternehmen geben) ist »Partikularverfahren« ebenfalls Oberbegriff, gleichbedeutend mit »Territorialverfahren«.

§ 4 Ziele, Arten und Abläufe des Insolvenzverfahrens

Literatur: *Adam*, Insolvenzrecht und Grundgesetz, DZWIR 2009, 441 ff.; *Balz*, Die Ziele der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 3 ff.; *Becker*, Außenwirkung und Innenwirkung, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Insolvenzrecht auf dem Prüfstand. Drei Jahre Insolvenzordnung: Erfahrungen aus Wissenschaft und Praxis, Köln, ohne Jahr (2002), S. 133 ff.; *Ehricke*, Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns, DZWIR 1999, 353 ff.; *Eidenmüller*, Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen, ZHR 169 (2005), 528 ff.; *Erhardt*, Regel- und Verbraucherinsolvenz: Prozessuale Probleme der Zweigleisigkeit des Insolvenzverfahrens, 2003; *Fuchs*, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, in: Kölner Schrift, S. 1679 ff.; *Grub/Smid*, Verbraucherinsolvenz als Ruin des Schuldners – Strukturprobleme des neuen Insolvenzrechts, DZWIR 1999, 2 ff.; *Holzer*, Die Verbindung von Insolvenzverfahren, NZI 2007, 432 ff.; *Körner*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz als bestes Abwicklungsverfahren?, NZI 2007, 270 ff.; *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht. Eine Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit der InsO und der Einwirkung verfassungsrechtlicher Wertungen auf die Anwendung dieses Gesetzes, 2002; *Piekenbrock*, Empfiehlt sich angesichts der Wirtschaftskrise die Einführung eines gesonderten Restrukturierungsverfahrens?, ZVglRWiss 108 (2009), 242 ff.; *Rotstegge*, Konzerninsolvenz. Die verfahrensrechtliche Behandlung von verbundenen Unternehmen nach der Insolvenzordnung, 2006; *Uhlenbruck*, Gerichtliche oder außergerichtliche Sanierung? – Eine Schicksalsfrage Not leidender Unternehmen, BB 2001, 1641 ff.; *Werres*, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, 2007.

I. Ziele des Insolvenzverfahrens (Liquidation oder Sanierung oder Verbindung von beidem sowie Neubeginn)

1. Im Gesetz ausgedrückte Ziele

Von allen denkbaren Erwartungen an das Insolvenzverfahren macht § 1 InsO lediglich diejenigen sichtbar, welche auf jeden Fall – teils gemeinsam, teils einzeln, ganz oder teilweise – erreicht werden sollen und können. Sogar gänzlich ohne Zielrichtung beschreibt Art. 1 EuInsVO allein das Gesamtbild von Insolvenzverfahren mit den Merkmalen Insolvenz, Gesamtverfahren, Vermögensbeschlag und Verwalterbestellung. Doch steht dies unter dem Streben nach reibungsloser Funktion des Binnenmarktes gemäß Erwägungsgrund 3 zur EuInsVO. Im deutschen Gesetz lauten die Ziele **Befriedigung der Gläubiger** (§ 1 Satz 1 InsO) und Entlastung des Schuldners von den nicht berichtigten Verbindlichkeiten, sogenannte **Restschuldbefreiung** (§ 1 Satz 2 InsO). Freilich sind nicht alle Gläubiger und auch nicht alle Schuldner gemeint. Was den Schuldner anbelangt, bleibt die Frage nach der Insolvenzverfahrensteilnahmefähigkeit (§§ 11 f. InsO)[1] unberührt; beispielsweise gibt es kein Insolvenzverfahren über die Vermögensmassen von Gesamtschuldnern (von der Möglichkeit einer Verbindung mehrerer Insolvenzverfahren nach § 147 ZPO, § 4 InsO abgesehen). Außerdem kennt das Gesetz Restschuldbefreiung nur, falls der Schuldner natürliche Person ist (§ 286 InsO); daher kann nicht eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf Restschuldbefreiung hoffen, sondern allenfalls ihr eventuell haftbarer geschäftsführender Gesellschafter (falls er natürliche Person ist). Bei den Gläubigern muß zum einen gleichfalls auf Verfahrensteilnahmefähigkeit geachtet werden (§ 50 Abs. 1 ZPO mit § 4 InsO)[2]. Zum anderen sind allein die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), die Inhaber einer bei Verfahrenseröffnung in Geld ausgedrückten oder aus- 129

1 Unten Rn. 283 ff.

2 Siehe unten Rn. 301.

drückbaren (§ 45 Satz 1 InsO) Forderung, Adressaten des Verfahrens (zur Bedienung §§ 174 ff. InsO)[3].

130 **Nicht hingegen** sind in der (zu weit gefaßten) Zielbeschreibung von § 1 Satz 1 InsO gemeint:

- die Inhaber von nichtgeldwerten Forderungen (zum Beispiel eines Auskunftsanspruchs, sofern die gewünschte Information sich nicht als Handelsgut umsetzen läßt; oder eines Unterlassungsanspruchs, sofern es nicht ein verkehrsfähiger Duldungsanspruch ist);
- Aussonderungsberechtigte (§§ 47 f. InsO);
- Absonderungsberechtigte (§§ 49 bis 51 InsO; sollten sie zugleich Insolvenzgläubiger sein, wird diese Rolle auf den Ausfall nach abgesonderter Befriedigung reduziert (§ 52 InsO);
- Massegläubiger (§§ 53 bis 55 InsO);
- Neugläubiger des außerhalb des Insolvenzverfahrens weiter wirtschaftlich aktiven Schuldners.

131 Wenn § 1 Satz 1 InsO von den Gläubigern undifferenziert spricht, so liegt das daran, daß die Vorschrift das Insolvenzverfahren noch vor seinem Beginn vorstellen möchte. Solange aber das Verfahren noch nicht eröffnet ist, gibt es noch keine Aufgliederung der Gläubiger in verschiedene Kreise.

132 Schließlich ist dem Begriff der Gemeinschaftlichkeit in § 1 Satz 1 InsO nicht allzu viel Gewicht beizumessen[4]. Die Befriedigung zu erlangen bleibt eines jeden Gläubigers ureigene und alleinige Angelegenheit. Der suggestive Anklang an Solidarität und wechselseitige Unterstützung beschränkt sich auf das zwangsweise Einstellen jedes Wettlaufes um Befriedigung. Im übrigen bleibt es beim Kampfe aller gegen aller, der angesichts der geschwundenen Mittel des Schuldners um so größere wechselseitige Beobachtung bei der Prüfung angemeldeter Forderungen auslöst (§§ 176 ff. InsO). Existiert der Schuldner nach dem Insolvenzverfahren fort, so beginnt der Wettlauf um Befriedigung von neuem (§§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO), sofern er nicht im Verfahren zur Restschuldbefreiung zunächst vorläufig und dann endgültig erstickt wird (§§ 201 Abs. 3, 294, 301 Abs. 1 InsO).

133 Die Gläubigerbefriedigung soll mittels **Zerschlagung** (Liquidation, Vollabwicklung[5]) des Schuldnervermögens nach gesetzlicher Regelung (§ 1 Satz 1 Fall 1 InsO) oder mittels **Insolvenzplans** (§ 1 Satz 1 Fall 2 InsO) angestrebt werden. Der Insolvenzplan weicht von der gesetzlichen Vermögensverwertung (§§ 148 ff. InsO) ab (§§ 1 Satz 1 Fall 2, 217 InsO). Er kann auf Sanierung gerichtet sein, muß es aber nicht. In erster Linie zielt auch er auf Gläubigerbefriedigung. Dasselbe gilt für den in § 1 InsO übergangenen doppelten Schuldenbereinigungsversuch des Kleininsolvenzverfahrens (§§ 305 ff. InsO).

134 Der beispielhaft in § 1 Satz 1 Fall 2 InsO erwähnte Unternehmenserhalt, also eine Wiedereingliederung in das Marktgeschehen, ist nur ferneres, nicht als notwendig mit erstem Rang ausgestattetes Ziel des Insolvenzplanes[6]. Es ist (obgleich §§ 157, 158 InsO die von Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuß oder Insolvenzverwalter zu lösende Frage fortgesetzter Bewirtschaftung auf ein vorhandenes Unternehmen zu beschränken scheinen) nicht einmal vorausgesetzt, daß das Schuldnervermögen ein Unternehmen erhält. Auch andere Einheiten zu bewahren kann ferneres Ziel sein. Die Lebensfähigkeit des Schuldnervermögens wiederherzustellen, vermag indessen das Verfahren nicht zu garantieren. Die Zielbeschreibung in § 1 Satz 1 Fall 2 InsO beschränkt sich auf das Instrument. Die vom Gesetz abweichende Übereinkunft selbst ist schon das Ziel. Der Gesetzgeber traut den Beteiligten soviel Geschick zu, daß er die Vereinbarung auf eine Stufe mit der gesetzlichen Durchführung stellt. Übrigens wird auch der Insolvenzplan regelmäßig die Zerschlagung zumindest von Teilen des Schuldnervermögens vor-

3 Prinzip der Geldabwicklung; siehe unten Rn. 218.
4 *Becker*, in: Nerlich/Römermann, § 1 InsO, Rn. 22.
5 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 1 InsO, Rn. 11.
6 *Bork*, Rn. 355, nimmt Gleichrang der Sanierung als Verfahrensziel an.

sehen. Es ist sogar denkbar, daß ein Insolvenzplan ohne Sanierung die völlige Liquidation vorsieht; Abweichungen von der gesetzlichen Ordnung beschränken sich dann auf die Abläufe von Vermögenserfassung, Bewirtschaftung, Verwertung und Erlösauskehr. Überdies übernimmt der Insolvenzplan auch die Funktion des Restschuldbefreiungsverfahrens. Auf diese Weise kann privatautonome Gestaltung den in § 286 InsO eng gezogenen Kreis der Befreiungsanwärter in einem anderen Verfahrensablauf beliebig ausdehnen und beispielsweise auch eine Aktiengesellschaft von ungetilgten Schulden entlasten.

2. Nicht im Gesetz ausgedrückte Ziele

Alle hinter (weitestmöglicher) Befriedigung (eventuell mit Sanierungstendenz) und Restschuldbefreiung denkbaren Ziele bleiben unerwähnt. Wegen der Befriedigung ist nächstliegend die Bewahrheitung von Markt und Privatrecht, staatlichem Gewaltmonopol und Justizgewährpflicht[7]. Mit dem Insolvenzverfahren ist eine geordnete Form des Marktaustrittes gegeben. Die Abwicklung des insolventen Vermögens ist letzte Konsequenz des Wettbewerbes, findet selbst allerdings nicht mehr im Wettlauf statt. Damit ist auch die Entfernung einer unter Marktbedingungen nicht existenzfähigen Wettbewerbseinheit Zweck des Insolvenzverfahrens; das Insolvenzverfahren dient mithin der Marktbereinigung. Großunternehmen mit vielen Standorten und Kapitalanlagegesellschaften kann sich bei passendem Zuschnitt der Rechtsträgerschaft und der Beteiligungen daran im Insolvenzverfahrensrecht willkommene Gelegenheit bieten, unrentable, vor allem lohnkostenträchtige Betriebe ohne die Hemmnisse arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes abzustoßen. Der Eigenantrag (§ 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO) öffnet die Tür zur Flucht in die Insolvenz. 135

Die für **natürliche Personen vorgesehene Restschuldbefreiung** ist als sozialpolitische Korrektur der marktlichen Ordnung des Privatrechts und außerdem als die Marktordnung als solche stabilisierend begreiflich: Der eigentlich aus dem Markt ausscheiden Müssende wird wieder in den Markt geführt. Darin ist ein Fürsorgegedanke enthalten, aber letztlich auch eine Bestätigung des Marktgedankens an sich. Denn letzterer erfährt nur dann volle Verwirklichung, wenn alle Individuen jederzeit Zutritt zum Markt haben. Menschen hören mit Abwicklung ihres Vermögens nicht auf zu existieren. Restschuldbefreiung ist ein (wenngleich nicht das einzig denkbare) Instrument der Reintegration. Nur Gesellschaften und andere Träger von Vermögensmassen, die nicht natürliche Person sind, können nach Verfahrensabschluß als endgültig erledigt angesehen werden und bedürfen nicht denknotwendig einer Wiedereingliederung in die Marktwirtschaft. Daher löst bereits die Verfahrenseröffnung die Gebilde auf (z.B. § 728 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Abwicklung seines Vermögens bedeutet zugleich die Abwicklung des Trägers selbst. Sollten allerdings die Anteilseigner eines Gebildes trotz seiner Auflösung bei Verfahrenseröffnung und trotz seiner vielleicht schon weit vorangeschrittenen Liquidation den Fortbestand einer Neugründung vorziehen, so gestattet ihnen das Gesetz nach einer Einstellung oder nach einer Bestätigung eines Insolvenzplanes die Fortsetzung (§§ 144 HGB, 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). 136

Ob die Restschuldbefreiung dem Schuldner tatsächlich zu neuem wirtschaftlichen Erfolg verhilft, muß vorderhand offen bleiben. Hier bedarf es noch langjähriger Beobachtung. Der Gesetzgeber rechnet damit, daß Insolvenz und das Bedürfnis des Schuldners nach Entlastung immer wieder eintreten können. Fortwährende Gläubigerenttäuschung ist indessen unerwünscht. Deswegen ordnet er an, daß frühestens nach 10 Jahren neuerliche Entlastung beantragt werden kann (§ 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Die Existenz des Restschuldbefreiungsverfahren schließt nicht aus, Rechtsgeschäfte (insbesondere Mietverpflichtungen naher Angehöriger) wegen Überforde- 137

7 Siehe oben Rn. 11 ff.

UNIVERSITÄTSBIBLIOTHEK AUGSBURG

rung (im Sinne einer Zerstörung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit) als gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig einzustufen.[8]

138 Ebenfalls zur Reintegration in den Markt verhilft – falls zustandekommend – die Schuldenbereinigung nach §§ 305 ff. InsO vor dem sogenannten Kleinverfahren (§ 304 InsO). Sie ersetzt den im Kleinverfahren ausgeschlossenen Insolvenzplan (§ 312 Abs. 2 Fall 1 InsO). § 1 InsO verweist hierauf im Gegensatz zum Insolvenzplan leider nicht. Dies ist aus der Redaktionsgeschichte der Insolvenzordnung zu erklären. Das Kleinverfahren trat erst in der parlamentarischen Behandlung des Regierungsentwurfes hinzu[9].

139 Wie schon die Wiedereingliederung des Schuldners in den Markt überhaupt, so hängt erst recht von glücklicher Fügung im Einzelfall ab, ob die von einem Schuldner bisher gebotenen Arbeitsplätze nach einem Insolvenzplan oder einer Restschuldbefreiung erhalten bleiben oder wiederhergestellt werden. Dasselbe gilt von der Wahrung eines Produktions-, Entwicklungs- oder Handelsstandortes oder der Kontinuität in einer lokal, regional oder gar national für Bildung, Gesundheit, Verkehr, Tourismus, Energieversorgung, Forschung, Information, Kultur, Unterhaltung, Sport, Soziales, Stadtbild und Stadtentwicklung oder sonst wichtigen, für wichtig gehaltenen oder wichtig gemachten Einrichtung. Wollten derartige Hoffnungen, die sich an das Insolvenzverfahren klammern und gern von politischen Entscheidungsträgern geschürt werden, im Gesetz als Verfahrensziele ausgedrückt werden, wäre das Insolvenzverfahren notgedrungen überfordert. Die Erwartungen an das Verfahren wären zu hoch gesteckt. Außerdem wäre die Zahl der Zielkonflikte beträchtlich erhöht. Schon die gesetzlichen Ziele Befriedigung und Restschuldbefreiung stehen in einer Abfolge, welche das teilweise Verfehlen des ersten Zieles voraussetzt. Auch Liquidation als ordentlicher Marktaustritt und Sanierung als Weg zum Verbleib im Markt stehen, wenngleich nicht unvereinbar, in einer gewissen Spannung zueinander.

3. Vollständiger Massebeschlag

140 Die **Doppelgesichtigkeit** des Insolvenzverfahrens ändert nichts daran, daß in jedem Falle das ganze Schuldnervermögen unter Beschlag gerät (§ 35 Abs. 1 InsO). Das bedeutet zum einen, daß das deutsche Insolvenzverfahren, gleichviel ob ein Insolvenzplan eingeleitet wird oder nicht, stets Gesamtverfahren und damit Insolvenzverfahren im Sinne von Art. 1 EuInsVO ist. Zum anderen zählt das deutsche Insolvenzverfahren auch bei Ausarbeitung eines Insolvenzplans (anders als das frühere eigenständige Vergleichsverfahren zur Konkursabwendung) innerhalb der Gesamtverfahren zum engeren Kreis der sogenannten Liquidationsverfahren (Art. 2 Buchstabe c EuInsVO mit Anhang B; Art. 3 Abs. 3 Satz 2, 37 EuInsVO). Da es sich um ein Einheitsverfahren handelt, haftet ihm stets der grundsätzliche Charakter als Zerschlagungsverfahren an, auch wenn tatsächlich eine Sanierung am Ende steht.[10]

II. Varianten des Insolvenzverfahrens

141 Die Insolvenzordnung fragt im Grundsatz nicht danach, ob der Schuldner natürliche Person oder ein Verbund ist, ob seine bisherige Geschäftstätigkeit weitreichend oder eng begrenzt ist. Auch das europäische Insolvenzrecht unterscheidet nicht (Erwägungsgrund 9 zur EuInsVO), sondern überläßt etwaige Differenzierungen, zum Beispiel anhand der Merkmale »Privatperson« oder »Kaufmann« dem mitgliedstaatlichen Insolvenzrecht.

8 BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 – XI ZR 539/07, NJW 2009, 2671, 2673 f. Zur Entstehung der Rechtsprechung zu sittenwidrigen Bürgschaften und anderen Mitverpflichtungen siehe *Becker*, Maßvolle Kreditsicherung, 1999, S. 401 ff.

9 Siehe *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 568 ff.

10 Siehe wegen der Einstufung als Liquidationsverfahrens auch oben Rn. 113.

1. Regelverfahren

Im einzelnen allerdings werden Abläufe getrennt geordnet. Grundmuster ist das sogenannte **Regelverfahren** (Normalverfahren)[11]. Es folgt den Vorschriften der §§ 1 bis 303 InsO. Die Vorschriften über den Insolvenzplan sind hierin enthalten. Auch das Verfahren zur **Restschuldbefreiung** ist inbegriffen (§§ 286 bis 303 InsO). Doch kann es **nur dann stattfinden**, wenn der Schuldner natürliche Person ist (§ 286 InsO). Wenn allerdings der Schuldner natürliche Person ist, findet häufig nicht das Regelverfahren statt, sondern ein sogenanntes **Kleinverfahren**[12]. Das Kleinverfahren betrifft Verbraucher und gewesene Kleinunternehmer nach näherer Bestimmung in § 304 InsO. 142

Natürliche Personen ohne Unternehmereigenschaft finden sich im Kleinverfahren unabhängig von der Zahl ihrer Gläubiger wieder (§ 304 Abs. 1 Satz 1 InsO). Unternehmerisch noch Tätige fallen auch bei geringer Gläubigerzahl ins Regelverfahren. Hat die natürliche Person indessen ihre Unternehmertätigkeit bereits eingestellt, wird ihre Insolvenz bei **Überschaubarkeit** der Vermögensverhältnisse dem Kleinverfahren zugeteilt (§ 304 Abs. 1 Satz 2 InsO). Sind es mindestens 20 Gläubiger, fehlt es an Überschaubarkeit (§ 304 Abs. 2 InsO). Auf das Volumen der Forderungen oder Schwierigkeit ihrer Feststellbarkeit kommt es dem Gesetzgeber bei dieser Zahl nicht mehr an. Andererseits kann auch bei geringerer Gläubigerzahl Überschaubarkeit je nach den (vom Gesetz nicht definierten) Umständen zu verneinen sein[13]. Natürliche Personen sind demnach vor allem als aktive Unternehmer jeden Zuschnitts und als gewesene größere Unternehmer dem Regelverfahren unterworfen. Nach dem Wortlaut von § 304 InsO bleibt es beim Regelverfahren selbst dann, wenn die Unternehmerschaft schon sehr lange zurückliegt, aus jener Zeit keinerlei Schulden mehr herrühren und der Schuldner nur in der Rolle eines Verbrauchers mehr als 19 Gläubiger um sich scharte. Das ist wenig sinnvoll, erspart allerdings dem Insolvenzgericht bei der Weichenstellung die mühselige Vorab-Identifikation der Verbindlichkeiten.[14] 143

Auf den ersten Blick eindeutig scheint die Zuordnung der Insolvenz eines Gesellschafters. Gleichviel, ob seine Mitgliedschaft mit persönlicher Haftung einhergeht oder nicht, nimmt das Insolvenzrecht an, daß die Vermögensmassen verschieden sind. Ein Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, Satz 2, Abs. 2 Nr. 1 InsO) ist etwas anderes als ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen Person (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 InsO), die Mitglied der Gesellschaft ist. Das entspricht der Sichtweise des Gesellschaftsrechts, welches ebenfalls das Gesellschaftsvermögen vom Gesellschaftervermögen unterscheidet. Daher ist das Gesellschaftsmitglied im Sinne von § 13 BGB Verbraucher auch insoweit, als es in der Gesellschaft die Geschäfte führt und damit Erwerbszwecke der Gesellschaft verfolgt. Hieraus entsteht jedoch die Frage, ob es auch in den Abläufen einen Unterschied zwischen der Insolvenz des Alleinunternehmers und der Insolvenz dessen, der sich mit einem anderen zu gemeinsamer Erwerbstätigkeit zusammenschloß, geben soll, ob also für die Gesellschafterinsolvenz prinzipiell nur das Kleinverfahren zur Verfügung steht. Der Zusammenschluß macht die Rechtsbeziehungen nur komplexer, nicht überschaubarer. Zu Recht gibt es daher die – im Detail umstrittene – Neigung, vollhaftende Mitglieder erwerbsorientierter Personengesellschaften und auch aktive Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft (insbesondere, aber nicht nur einer Ein-Mann-Gesellschaft) als selbständig Wertschaffende dem Regelverfahren zu unterwerfen[15]. 144

11 Sein insolvenzgerichtliches Aktenzeichen enthält das Kürzel »IN«.

12 Insolvenzgerichtliches Aktenzeichen enthält »IK«.

13 *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 304 InsO, Rn. 17.

14 Näher *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 304 InsO, Rn. 16.

15 Siehe BGH, Beschluß vom 22. September 2004 – IX ZB 55/04, NJW 2006, 917, 918; *Römermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 304 InsO, Rn. 21; *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 304 InsO, Rn. 11 ff.

2. Kleinverfahren

145 Das Kleinverfahren ist trotz seiner verniedlichenden Bezeichnung **ein volles Insolvenzverfahren**. Es weist sogar gegenüber dem Regelverfahren zusätzliche Komplikationen auf. Im Kern jedoch wird auch das Kleinverfahren nach den »allgemeinen Vorschriften« geführt (§ 304 Abs. 1 Satz 1 InsO). Diese bestehen nicht allein in den mit »Allgemeine Vorschriften« überschriebenen §§ 1 bis 10 InsO. Vielmehr zählt die gesamte Verfahrensregelung von § 11 bis § 303 InsO dazu, da § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO mit den allgemeinen Vorschriften alle Vorschriften für das Normalverfahren meint. Freilich bleiben die von § 304 Abs. 1 Satz 1 am Ende InsO angedeuteten Ausnahmen zu beachten. Insbesondere kennt das Kleinverfahren **weder** Insolvenzplan **noch** Eigenverwaltung, so daß die großen Bereiche von §§ 217 bis 269 InsO und von § 270 bis § 285 InsO ausfallen (§ 312 Abs. 2 InsO).

146 Vornehmlich den Eingang in das Insolvenzverfahren betreffen die beim Kleinverfahren im Vergleich zum Regelverfahren noch hinzutretenden Regularien. Sie greifen ein, wenn gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO der Schuldner Initiator ist, das heißt im Falle des ursprünglichen Eigenantrages (§ 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO). Der Schuldner erblickt in der Ferne die Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO). Er erreicht sie aber nicht anders denn durch das Insolvenzverfahren. Und dieser Weg ist ihm besonders dornenreich ausgestaltet. Der Antrag ist abschreckend aufwendig. Denn dem Gesetzgeber gefiel es, zur mutmaßlichen Vereinfachung durch Rechtsverordnung des Bundesjustizministeriums (VbrInsVV) umfangreiche verbindliche Antragsvordrucke einführen zu lassen (§ 305 Abs. 5 InsO).

147 In der Sache genügt die Insolvenz nach §§ 17, 18 InsO nicht. Vielmehr muß bereits ein Versuch einvernehmlicher Schuldenregulierung unternommen und gescheitert sein (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Überdies muß der Schuldner einen zweiten Anlauf zu einvernehmlicher Schuldenregulierung nehmen und dem Insolvenzgericht einen Schuldenbereinigungsplan vorlegen (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Erst wenn auch dieser Schuldenbereinigungsplan scheitert, kommt es überhaupt zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag (§ 311 InsO). Bis dahin ruht das Verfahren (§ 306 Abs. 1 InsO).

148 Ohne die Hilfe einer Schuldnerberatungsstelle (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) wird der »kleine« Schuldner kaum je zurechtkommen – während der im größeren Stile unternehmerische oder institutionelle Schuldner seine Mühsal und Last schlicht auf das Gericht werfen darf. Der Fürsorge in den Schuldnerberatungsstellen ist damit ein weites Feld eröffnet. Glücklicherweise sind dort – von Land zu Land freilich in unterschiedlichen Quoten – zum wenigsten Juristen tätig. Vielmehr üben in weiten Teilen Psychologen, Sozialpädagogen, Diplomtheologen, Diplomökotrophologen und autodidaktische Menschenkenner die Schuldnerberatung aus. Damit ist immerhin einigermaßen sichergestellt, daß der Schuldner von der ökonomisch sinnlosen gesetzlichen Prozedur und überhaupt von dem Erlebnis wirtschaftlichen Scheiterns nicht entmutigt wird.

149 Dieses Prozedere gilt auch dann, wenn ein Gläubiger den Eröffnungsantrag stellt (§ 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO) und der Schuldner sich dem Antrag anschließt (§ 306 Abs. 3 InsO). Der Anschluß mag dem Schuldner attraktiv erscheinen, weil er sich eine rasche Verständigung mit den Gläubigern erhofft und diese der gewöhnlichen Abfolge von Liquidation und Restschuldbefreiungsverfahren vorzieht. Schließt der Schuldner sich allerdings nicht an, kommt das Kleinverfahren ohne den Umweg doppelten Schuldenbereinigungsversuches in Gang.[16] Umstritten ist, ob nur der Eigenantrag das Tor zum Restschuldbefreiungsverfahren eröffnet[17].

150 Eröffnung des »falschen« Verfahrens (Regelverfahrens statt Kleinverfahren oder umgekehrt) erzeugt eine Beschwer, gegen die der Schuldner mit sofortiger Beschwerde vorgehen kann (§§ 34 Abs. 2, 6 InsO). Das gilt auch dann, wenn er selbst einen Eröffnungsantrag stellte, aber in Richtung der jeweils anderen Verfahrensvariante. Beschweren kann sich der Schuldner auch

16 Zum Schuldenbereinigungsversuch näher unten Rn. 754 ff. (§ 17).
17 Siehe unten Rn. 1544; *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 18.

dagegen, daß das Insolvenzgericht die vom Schuldner begehrte Verfahrenseröffnung ablehnt, weil es die falsche Variante ins Auge faßte und die dazu gehörigen Voraussetzungen nicht erfüllt sind (§§ 34 Abs. 1 Fall 1, 6 InsO).

3. Sonderverfahren

Insolvenzverfahren über einen Nachlaß (§§ 315 ff. InsO), über das Gesamtgut fortgesetzter Gütergemeinschaft (§ 332 InsO) und über gemeinschaftlich verwaltetes Gesamtgut einer Gütergemeinschaft (§§ 333 f. InsO) bezeichnet das Gesetz als besondere Arten des Insolvenzverfahrens (Überschrift zum Zehnten Teil der InsO). Solche Verfahren stehen aber, wie § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO erkennen läßt, nicht außerhalb der Einteilung in Regelverfahren (ohne oder mit Eigenverwaltung) oder Kleinverfahren. Vielmehr sind sie grundsätzlich nach den Vorschriften des Regelverfahrens (und gegebenenfalls auch, soweit passend, des Kleinverfahrens[18]) zu behandeln, soweit nicht §§ 315 ff., 332, 333 f. InsO Abweichungen vorsehen. 151

III. Abschnitte des Insolvenzverfahrens

1. Eröffnungsverfahren und eröffnetes Verfahren

Das Insolvenzverfahren hat zwei Hauptabschnitte: Eröffnungsverfahren und eröffnetes Verfahren. Mit Einreichen des Eröffnungsantrages (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) beim Insolvenzgericht (Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 EuInsVO; §§ 2, 3 InsO) beginnt das Eröffnungsverfahren; es endet mit der Entscheidung über den Antrag. Gibt das Gericht dem Antrag Folge (§ 27 Abs. 1 Satz 1 InsO), so kommt es zum eröffneten Verfahren. Eine Trennung zwischen Liquidationsverfahren und Verfahren zu abweichender Bewältigung der Insolvenz (Art. 2 Buchstabe c, 3 Abs. 3 Satz 2, 37 EuInsVO) kennt das deutsche Insolvenzverfahrensrecht nicht. Vielmehr ist es **immer** Einheitsverfahren (§ 1 Satz 1 InsO; daher gemäß Anhang B zur EuInsVO stets auch Liquidationsverfahren).[19] 152

2. Restschuldbefreiungsverfahren

Das Verfahren zur Restschuldbefreiung betrifft nur natürliche Personen (§ 286 InsO). Es schließt sich an das durchgeführte Insolvenzverfahren an (§ 286 InsO). Das ist grundsätzlich das nach Schlußverteilung aufgehobene (§§ 200 Abs. 1, 289 Abs. 2 Satz 3 InsO), in einigen Fällen aber auch das eingestellte Insolvenzverfahren (§ 289 Abs. 3 InsO). Ein mit Nichteröffnung endendes Eröffnungsverfahren genügt nicht, auch wenn der Antrag auf Restschuldbefreiung bereits mit dem Eröffnungsantrag angebracht werden soll (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO). Ohne Antrag des Schuldners kommt es nicht zum Restschuldbefreiungsverfahren (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO). Lief das Insolvenzverfahren auf einen Insolvenzplan hinaus (§§ 217 ff. InsO), kommt ein Restschuldbefreiungsverfahren nicht mehr in Frage. Desgleichen macht gelingende Schuldenbereinigung im Kleinverfahren (§§ 308, 309 InsO) den Insolvenzplan überflüssig. Aber auch bei Mißlingen der Schuldenbereinigungsversuche kennt das Kleinverfahren keinen Insolvenzplan (§ 312 Abs. 2 Fall 1 InsO). 153

18 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 1 InsO, Rn. 11, 13. Unpassend sind die Regelungen zum Eigenantrag und zum doppelten Schuldenbereinigungsversuch.

19 Siehe oben Rn. 113 und 140.

3. Stärkere Gliederung des Kleinverfahrens

154 Der Ablauf des Kleinverfahrens ist außer durch Fehlen des Insolvenzplanes auch durch eine Hemmung des Eröffnungsverfahrens bei Eigenantrag gekennzeichnet. Während des gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuches wird über den Eröffnungsantrag nicht entschieden. Das Eröffnungsverfahren ruht (§ 306 Abs. 1 InsO). Kommt der Schuldenbereinigungsplan nicht zustande, wird das Eröffnungsverfahren fortgesetzt (Wiederaufnahme gemäß § 311 InsO). Dasselbe gilt, wenn ein Schuldenbereinigungsversuch von vornherein zwecklos ist (§ 306 Abs. 1 Satz 3 InsO). Kommt der Schuldenbereinigungsplan zustande, haben sich der Eröffnungsantrag und auch der eventuell bereits gestellte Restschuldbefreiungsantrag erledigt. Sie gelten kraft Gesetzes als zurückgenommen (§ 308 Abs. 2 InsO).

4. Begleitverfahren zu Regelinsolvenz- und Kleinverfahren

155 Sowohl zum Regelinsolvenzverfahren als auch zum Kleinverfahren können begleitende Verfahren hinzutreten.

156 Während aller Verfahrensabschnitte gibt es für natürliche Personen als Schuldner Verfahren um Stundung von Kosten (§§ 4a bis 4c InsO; siehe auch §§ 26 Abs. 1 Satz 2, 207 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, 309 Abs. 2 Satz 2 InsO).

157 Eine Reihe von Entscheidungen kann im Beschwerdeverfahren angegriffen werden (§ 6 InsO, §§ 567 ff. ZPO mit § 4 InsO). Gegebenenfalls schließt sich das Rechtsbeschwerdeverfahren an (§ 7 InsO, §§ 574 ff. ZPO mit § 4 InsO).

158 Bleiben im Prüfungstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 2, 176 InsO) angemeldete (§§ 174 f. InsO) Insolvenzforderungen (§§ 38 ff. InsO) umstritten, findet die Klärung außerhalb des Insolvenzverfahrens in gewöhnlichen Erkenntnisverfahren oder Verwaltungsverfahren statt (§§ 179 ff. InsO).

159 Rechtsstreite um Aussonderung (§§ 47 f. InsO) sind ebenfalls aus dem Insolvenzverfahren ausgelagert.

160 Dasselbe gilt für Auseinandersetzungen von Massegläubigern (§§ 53 ff. InsO) mit dem Verwalter (§ 56 InsO) beziehungsweise mit dem Eigenverwalter (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO) oder mit dem Treuhänder (§ 313 Abs. 1 InsO).

161 Auch dem Schuldner zustehende und in der Masse (§§ 35 ff. InsO) befindliche Rechte setzt der Verwalter (der Eigenverwalter, der Treuhänder) bei Bedarf außerhalb des Insolvenzverfahrens durch. Desgleichen sind Rückflüsse wegen Anfechtung (§§ 143 ff. InsO), wo nicht aus freien Stücken gewährt, außerhalb des Insolvenzverfahrens durchzusetzen.

162 Erst recht findet ein Streit um persönliche Haftung des Verwalters auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der von ihm eingegangenen neuen Geschäfte (§ 61 InsO) und um seine persönliche Schadensersatzhaftung wegen Pflichtverletzung (§ 60 InsO) außerhalb des Insolvenzverfahrens statt.

IV. Verbindung und Trennung mehrerer Verfahren

163 Die von § 4 InsO ermöglichte entsprechende Anwendung der Regeln des Zivilprozesses erlaubt (schon vor der Eröffnung) eine Verbindung mehrerer Insolvenzverfahren nach § 147 ZPO. Dies kann sich etwa bei Insolvenz mehrerer Glieder eines Konzernes anbieten, nachdem die Insolvenz einer Gesellschaft häufig die benachbarten Gesellschaften mitreißt. Ferner kann, trotz grundsätzlich angestrebter Haftungsbeschränkung, der Ruin der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zugleich die Insolvenz des Gesellschafters oder der mehreren Gesellschafter bedeuten, weil sie sich häufig den Gläubigern der Gesellschaft mitverpflichten mußten. Dies wiederum kann auf Angehörige durchschlagen, welche sich – nach der Rechtsprechung seit Mitte der neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts oft über die Grenze der guten Sitten hinaus[20] – zu Mitverpflichtungen bewegen ließen. Hier liegt ebenfalls ein Anwendungsfeld für die Verbin-

20 Vgl. oben Rn. 137.

dung. Und auch ohne einen Geschäftsbetrieb kann es wegen des häufig gleichzeitigen Auftritts gegenüber Kreditgebern und Vermietern verbindungsgeeignete Doppelinsolvenzen in Familien geben. Bei gleichzeitiger Insolvenzreife mehrerer miteinander in Beziehung stehender Rechtsträger kommt auch ein von vornherein mit einem Eröffnungsantrag (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) gebündelt angestoßenes Verfahren gemäß § 59 Fall 2 ZPO in Verbindung mit § 4 InsO in Betracht. Umgekehrt können mehrere Antragsbefugte (§ 13 Abs. 1 Satz 2 InsO) nach §§ 59 Fall 1 ZPO, 4 InsO gemeinsam vorgehen.

Kein Fall von Verbindung ist das **Nachlaßinsolvenzverfahren** (§§ 315 ff. InsO). Denn es beschäftigt sich nur mit einer einzigen Vermögensmasse – dem Nachlaß (§ 315 InsO). Nicht hingegen faßt es die Vermögen aller Nachlaßbeteiligten zusammen. Auch das Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 332 InsO) und das Insolvenzverfahren über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut einer Gütergemeinschaft (§§ 333 f. InsO) sind Verfahren über lediglich eine Masse. **164**

Umgekehrt ist das Insolvenzgericht nicht gezwungen, einen Antrag auf Eröffnung eines einzigen Insolvenzverfahrens über mehrere Vermögensmassen nur im Ganzen zu behandeln. Vielmehr kann es die in dem einen Antrag enthaltenen mehreren Anträge voneinander trennen (§§ 145 Abs. 1 ZPO, 4 InsO). Auch das über mehrere Vermögensmassen eröffnete einheitliche Verfahren kann noch aufgetrennt werden. **165**

Verbundenes darf das Insolvenzgericht erneut trennen, Getrenntes erneut verbinden (§§ 150 Satz 1 ZPO, 4 InsO). **166**

§ 5 Instrumente zur Bewältigung von Insolvenz

Literatur: *Buth/Hermanns* (Hrsg.), Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 2004; *Crone/Werner*, Handbuch modernes Sanierungsmanagement, 2007; *Ehlers/Drieling*, Unternehmenssanierung nach der Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2000; *Engel*, Die Insolvenz und optionsbasierte Reorganisationsmodelle, 2004; *Flöther*, Schiedsverfahren und Schiedsabrede unter den Bedingungen der Insolvenz, DZWIR 2001, 89 ff.; *Fritze*, Sanierung von Groß- und Konzernunternehmen durch Insolvenzplan, DZWIR 2007, 89 ff.; *Janssen*, Frühzeitige Erkennung und Vermeidung von Insolvenzrisiken im mittelständischen Unternehmen, 2000; *Kautzsch*, Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren, 2001; *Klein*, EU-Beihilferecht und deutsches Insolvenzverfahren, DZWIR 2003, 89 ff.; *Kranzusch*, Sanierungen insolventer Unternehmen mittels Insolvenzplanverfahren, ZInsO 2007, 804 ff.; *Lunkenheimer/Zimmermann*, Reformbedarf zur Stärkung der außergerichtlichen Einigung, ZVI 2004, 317 ff.; *Mairose*, Die Behandlung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen im deutschen Insolvenzverfahren, 2006; *Nerlich/Kreplin* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, 2006; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, 1999; *Rattunde*, Sanierung durch Insolvenz, ZIP 2003, 2103 ff.; *Pobuda*, Fortgesetzte Vermögensbewirtschaftung in der Insolvenz, 2003; *M. Schneider/Waschk*, Das Unternehmen zwischen Krise und Insolvenz, 2002; *Spies*, Insolvenzplan und Eigenverwaltung – Sanierungsansatz zur Krisenbewältigung bei Unternehmen mittlerer Größe –, ZInsO 2005, 1254 ff.; *Vogt*, Sanierungsplanung. Eine Darstellung innerhalb und außerhalb des Insolvenzrechts, 1999; *Schuhmacher/Thiemann*, Mediation und neues Insolvenzrecht – Möglichkeiten und Grenzen alternativer Konfliktlösungen im Insolvenzverfahren, DZWIR 1999, 441 ff.; *Warikoff*, Die Befreiung des Schuldners von seinen Verbindlichkeiten. Ein Vergleich zwischen Restschuldbefreiung, Insolvenzplan und gerichtlicher Schuldenbereinigung, ZInsO 2005, 1179 ff. Siehe auch zuvor Literaturhinweise zu § 4.

167 Die Instrumente zur Bewältigung von Insolvenz faßt der Gesetzgeber hauptsächlich im Insolvenzverfahren zusammen. Er tut dies in Erfüllung seiner Justizgewährpflicht[1]. Die Zielbeschreibungen in § 1 InsO machen diese Instrumente komprimiert namhaft[2]. Jedoch regelt die Insolvenzordnung nicht alle Instrumente erschöpfend, so daß sich ein kurzer Überblick empfiehlt:

I. Liquidation nach Gesetz und Restschuldbefreiung

168 Durchgreifend in der Insolvenzordnung geregelt ist als ureigener Stoff des Insolvenzverfahrensrechts selbstverständlich die Vermögenszerschlagung (§ 1 Satz 1 Fall 1 InsO)[3]. Auch die Restschuldbefreiung (§ 1 Satz 2 InsO) als Anhang zur Liquidation ist umfassend in der Insolvenzordnung geregelt[4]. Dabei ist bemerkenswert, daß der Weg zur Restschuldbefreiung ausschließlich über das Zerschlagungsverfahren führt. Ein vom Insolvenzverfahren unabhängiges Verfahren zur Schuldenbefreiung kennt das Gesetz nicht – von dem doppelten Schuldenbereinigungsversuch vor und nach dem Eigenantrag auf Kleinverfahren (§§ 305 ff. InsO) einmal abgesehen.

1 Siehe oben Rn. 11 ff.
2 Siehe oben Rn. 129 ff.
3 Siehe oben Rn. 133.
4 Näher unten Rn. 1541 ff. (§ 33 IV.).

II. Konkursverhindernde oder nur konkursverschleppende privatautonome Schuldenregulierung

1. Unterschiedliche Regelungsdichte

Nur teilweise in der Insolvenzordnung geregelt ist die **privatautonom organisierte Schuldenbereinigung**. Das ist kein Defizit, versteht sich doch das staatliche Verfahrensangebot als Hilfe, wo eigenverantwortliche Gestaltung scheitert. Die früher gemäß der Vergleichsordnung vorgehaltene staatliche Moderation eines privatautonomen Schuldenbereinigungsversuches vor dem Konkurs[5] entfiel mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung. Privatautonome Regulierung erscheint hauptsächlich nicht zur Abwendung, sondern – in Gestalt des Insolvenzplans (§§ 217 ff. InsO) – als Variante des Insolvenzverfahrens. Ein Regulierungsrest erhielt sich allerdings in §§ 305 Abs. 1 Nr. 1, 305a InsO, wonach zum Schuldnerantrag auf Eröffnung des Kleininsolvenzverfahrens (§ 304 InsO) der Nachweis gehört, daß ein vorgerichtlicher Schuldenbereinigungsversuch mißglückte, und außerdem ein weiteres Konzept der Schuldenbereinigung, ohne dessen Scheitern das staatliche Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird (§§ 305 Abs. 1 Nr. 4, 306 Abs. 1 Satz 1, 311 InsO). 169

2. Schuldenbereinigungsversuch vor einem Regelverfahren

Nichtsdestoweniger sind auch und gerade außerhalb der Kleininsolvenz Bereinigungsbemühungen vor dem Gang zum Insolvenzgericht an der Tagesordnung. Dabei kommt es seltener vor, daß ein Schuldner das staatliche Liquidationsverfahren nachahmt, indem er sein Vermögen auf einen Treuhänder überträgt, der es, sozusagen in einem Privatkonkurs, zu gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger verwenden solle[6]. Vielmehr geht es hauptsächlich darum, zur Rettung des Schuldners **Stundungen, Rangrücktritte** einzelner Gläubiger zugunsten anderer, **Teilerlasse** und **neues Kapital** zu erreichen[7]. In Kleininsolvenz wie in der zum Normalverfahren führenden Insolvenz bietet die Suche nach einer einvernehmlichen Lösung zur Abwendung des Insolvenzverfahrens den **Vorteil**, daß der Schuldner alle Teile seines Vermögens zur Disposition stellen kann. Die Vertragsfreiheit erlaubt ihm, auch solche Gegenstände einzubeziehen, auf die sich der Beschlag des Insolvenzverfahrens nicht erstreckt, das heißt, die gemäß § 36 InsO als unpfändbar außerhalb der Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) stehen. Außerdem kann der Schuldner seine persönliche Leistungsfähigkeit, welche das Insolvenzverfahren ebenfalls nicht erfaßt, in die Waagschale werfen. Privatautonomie bestimmt des weiteren den Umgang mit persönlicher oder dinglicher Mithaftung Dritter. 170

Handelt es sich um einen Zusammenbruch größeren finanziellen Ausmaßes werden die Abwendungsbemühungen, so es den Beteiligten nützlich erscheint, oftmals schon rasch an die breite Öffentlichkeit getragen, und die allgemeinen Medien berichten täglich über Versuche von Unternehmen, das Insolvenzverfahren im Einvernehmen mit den Gläubigern abzuwenden. Mitunter hört der oder liest man sogar davon, daß Geschäftsleitung oder Arbeitnehmerschaft das Unternehmen mutwillig in die Insolvenz treiben, damit öffentliche Hilfe erreichbar wird. Für Kreditwirtschaft und Versicherungswirtschaft sind überdies Moratorien vorgesehen, welche die Aufsichtsbehörde unabhängig von privatautonomen Bemühungen verhängen kann (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 KWG; § 89b Abs. 3 Satz 2 VAG). 171

Bei den Gesprächen wird häufig mit Hilfe des – einmal eingebracht nur schwer überwindlichen – Argumentes drohenden Verlustes von Arbeitsplätzen (und seien es noch so wenige) Druck auf die **öffentliche Hand** ausgeübt, damit diese die Verlängerung oder Neueinrichtung von Krediten für Umstrukturierung und Sanierung absichern möge. Bedroht scheinen häufig nicht allein Arbeitsplätze beim insolventen Schuldner. Vielmehr richtet sich die Sorge je nach Größe des vor dem Zusammenbruch stehenden Unternehmens auch auf die Beschäftigten bei den Geschäftspartnern des Unternehmers. Die Insolvenz eines großen Unternehmens kann mittlere 172

5 Siehe oben Rn. 49.

6 Siehe OLG München, Beschluß vom 29. August 2000 – 2 Ws 991/00, ZIP 2000, 1840 f., Strafbarkeit wegen Vollstreckungsvereitelung in solchem Falle verneinend.

7 Siehe auch unten Rn. 591.

und kleine Unternehmen mitreißen, welche auf Zahlungen warten und von neuen Aufträgen des Schuldners abhängen. Namentlich Insolvenz großer Immobilien- oder Bauunternehmungen löst diese Befürchtung aus (so der noch vor der Insolvenzordnung sich zutragende Fall Schneider und die Fälle Holzmann und Walter). Sogar die gesamte Wirtschaftstruktur einer Region kann auf dem Spiel stehen; Beispiel hierfür waren (zu Zeiten der Konkursordnung) die saarländische Montanindustrie und der norddeutsche Schiffsbau (im Westen wie im Osten). Sogar angebliche Unverzichtbarkeit eines Unternehmens (insbesondere des Kreditwesens) für den Bestand der Marktwirtschaft überhaupt (sogenannte Systemrelevanz) wird angeführt, um mit unvorstellbaren Summen an staatlicher Unterstützung den Marktaustritt durch Insolvenz zu vermeiden (so in den Jahren 2008 und 2009 zur Bekämpfung der sogenannten Finanzmarktkrise). Doch steht der begehrte finanzielle Einsatz regelmäßig völlig außer Verhältnis zu dem Volumen an Arbeitnehmereinkünften, welches damit angeblich nachhaltig gewährleistet bleiben kann. Am Ende steht nach erheblichen Aufwendungen oft doch nur wieder die Insolvenz. Das gilt einmal für den prolongierten Geschäftsbetrieb selbst (sei es im ursprünglichen Unternehmen, sei es auf einem neuen Rechtsträger). Es gilt aber auch für sogenannte Beschäftigungs-, Personalentwicklungs- oder Qualifizierungsgesellschaften, welche zur Entlastung des konkursgefährdeten Unternehmens von überzähligen Arbeitsverhältnissen gegründet werden. Die dorthin wechselnden Arbeitnehmer erhoffen sich Verschonung von konkursbedingter Kündigung, sind aber nicht dessen gewahr, daß die sie auffangende Gesellschaft im wesentlichen nur über öffentliche Gelder verfügt und keine Erträge aus dem Unternehmensgegenstand erzielt.[8]

173 Empfindliche Risiken einer Unterstützung insolventer Unternehmen aus öffentlichen Mitteln (unmittelbar eingeschossen oder in Bürgschaften gebunden) sind **Wettbewerbsverzerrungen.** Unterstützung des kranken Unternehmens bedrängt die gesunden Unternehmen und bringt diese dem Ausleseprinzip des Marktes (welches in der Insolvenzordnung seinen Verfahrensrahmen findet) zuwider ihrerseits in die Gefahr der Insolvenz. Die deutschen Kartellbehörden zeigen sich demgegenüber zwar regelmäßig eher indolent, da sie unter starkem landes- und bundespolitischem Einfluß stehen, welcher gern dazu neigt, sich über die Regulierungskräfte des Marktes hinwegzusetzen und langfristig belastende, außerdem veruntreuungsanfällige[9] Fehlallokationen herzustellen. Um so aufmerksamer werden derartige Beihilfen aber gemäß Art. 36, 44 Abs. 2 Buchstabe h, 87 ff., 211 EGV von der Wettbewerbskommission der Europäischen Union beobachtet. Etwaige Erstattungspflichten muß nicht nur der bisherige Schuldner fürchten, sondern auch ein Nachfolger, der (vordergründig) überlebensfähig gemachte Einheiten übernimmt[10]. Im übrigen ist die öffentliche Unterstützung eines gescheiterten Unternehmens auch nach deutschem Verfassungsrecht (Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG) höchst bedenklich, weil sie die Chancengleichheit in der Berufsausübung verschiebt.

174 Auch ist die Gefahr nicht zu unterschätzen, daß im vorgerichtlichen Sanierungsversuch **Anfechtungsfälle** (§§ 129 ff. InsO) erzeugt werden. Zugeständnisse werden viele Gläubiger nur dann zu machen bereit sein, wenn sie gewisse zusätzliche Sicherheiten oder Teilbefriedigungen, durch Beteiligung am Schuldnerunternehmen oder auf andere Weise, gewinnen. Sollte die Sanierung später scheitern und es doch zum Insolvenzverfahren kommen, können viele Vorteile wegen Anfechtung wieder zerrinnen. Der Gläubiger steht dann womöglich wesentlich schlechter da, als er es bei sogleich in Gang gesetztem Insolvenzverfahren getan hätte.

175 Weitere Sorge bereitet den an der Sanierung Beteiligten der gemäß § 119 InsO zwingende Charakter des Regelwerks über **schwebende Geschäfte** (§§ 103 ff. InsO). Wenn es trotz der Sanierungsbemühung zum Insolvenzverfahren kommen sollte, sind die noch nicht abgeschlossenen Anspruchsbeziehungen, seien sie bereits vor dem Sanierungsversuch oder seien sie erst im Sanierungsversuch begonnen oder neu gestaltet worden einem indisponiblen Reglement zu Fort-

8 Beispiel für gescheiterte »Gesellschaft für Personalentwicklung und Qualifizierung«: BGH, Urteil vom 28. April 2008 – II ZR 264/06, DZWIR 2009, 26 ff.

9 Ein Beispiel liefern die zur Unterstützung ostdeutscher Werften gedachten Beihilfen, welche in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts in westdeutschen Teilen des Bremer Werftenkonzerns »Vulkan« versickerten, jedoch den Konkurs nicht endgültig verhinderten.

10 *Pobuda*, Fortgesetzte Vermögensbewirtschaftung, S. 38 ff.

bestand, Untergang, Differenzierung zwischen Insolvenzforderung und Masseforderung unterworfen, das von Fall zu Fall erhebliche Einbußen vorprogrammiert[11].

3. Mißtrauen der Gläubiger

Ein kaum lösbares grundsätzliches Problem jedes unmoderierten Schuldenbereinigungsversuches stellt schließlich das Mißtrauen der Gläubiger dar. Gleichviel, ob die Initiative vom Schuldner oder von einem Gläubiger ausgeht, ist ein jeder Gläubiger unweigerlich von der Sorge bedrückt, er werde bei den zu treffenden Absprachen vom Schuldner oder vom wortführenden Gläubiger oder von allen anderen Gläubigern hinters Licht geführt. Die Sorge gilt der Leistungsfähigkeit und Unterstützungswürdigkeit des Schuldners ebenso sehr wie dem Gleichmaß an Zugeständnissen von Gläubigerseite. Niemand verzichtet gern im Wege von Stundung, Erlaß oder gar Einschießen neuen Kapitals, wenn der nächste Gläubiger keine oder nur geringere Zugeständnisse macht. Besonders fürchten Gläubiger, daß am Ende doch das Insolvenzverfahren unausweichlich bleibt und sie in dieses mit von vornherein reduzierten Ansprüchen hineingehen werden. Daher ist nicht leicht ein Sanierungskonzept durchzusetzen, welches schon ausdrücklich eine Ungleichbehandlung vorsieht, indem einzelne Gläubiger oder Gläubigergruppen anderen den Befriedigungsvortritt gewähren sollen. 176

4. Vertrauenswürdige Moderation

Das Vertrauen in Gleichbehandlung und deswegen auch die Bereitschaft zur Mitwirkung an einer einvernehmlichen Regulierung der Schulden ist ganz erheblich größer, wenn ein zuverlässiger und unparteiischer Mittler die Ausarbeitung dieser privatautonomen Regulierung moderiert. Solche Mittler sind insbesondere Insolvenzverwalter, Insolvenzgericht und Schuldnerberatungsstelle. Nur letztere aber ist bereits im Vorfeld des Insolvenzverfahrens aktiv – nämlich beim außergerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch, dessen Scheitern erst den Weg zum Insolvenzgericht freimacht (§§ 305 Abs. 1 Nr. 1, 305a InsO), und beim Entwurf für das gerichtliche Schuldenbereinigungsplanverfahren nach dem Eröffnungsantrag (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Das Insolvenzgericht beschäftigt sich frühestens in der Eröffnungsphase mit der Lenkung eines Schuldenbereinigungsplanes (§§ 306 ff. InsO). Immerhin ist auch dieser Zeitraum noch mehr dem Vorfeld eines Insolvenzverfahrens als dem Insolvenzverfahren zuzurechnen, denn einstweilen ruht das Eröffnungsverfahren (§ 306 Abs. 1 Satz 1 InsO). Im Regelverfahren wird das Gericht sogar erst nach Verfahrenseröffnung an die Förderung eines Insolvenzplanes herantreten, mag der Entwurf auch schon mit dem Eröffnungsantrag eingereicht sein (§ 218 Abs. 1 Satz 2 InsO). Auch der Insolvenzverwalter, da erst mit Eröffnung ernannt (§ 27 Abs. 1 Satz 1 InsO), kann sich frühestens mit der Eröffnung an den Entwurf begeben (§ 218 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 InsO; grenzüberschreitend Art. 34 Abs. 1 Unterabsatz 1 EuInsVO) – wenngleich nicht ausgeschlossen ist, daß bereits ein vorläufiger Verwalter (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 22 InsO) in der Erwartung, es werde zur Eröffnung und zu seiner Ernennung zum Insolvenzverwalter kommen, gewisse Vorarbeiten leistet; zumindest werden die bei einer vorläufigen Verwaltung ohnehin gewonnenen Erkenntnisse nach Eröffnung das Aufstellen eines Insolvenzplans erleichtern. 177

5. Kosten des Bereinigungsversuches

Die vom Insolvenzgericht gelenkten Bemühungen um privatautonome Schuldenregulierung bringen Verfahrenskosten mit sich. Diese schmälern die Befriedigungsaussicht zusätzlich. Kommt es doch noch zum Konkurs, ist Kostenausgleich nicht nur gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO nachrangig, sondern entfällt nach § 310 InsO gänzlich. Die Gläubiger nehmen das in Kauf, weil sie dafür verhältnismäßig große Zuverlässigkeit, Durchsichtigkeit und Berechenbarkeit der Abläufe erreichen. Diese Stärke des staatlichen Verfahrens ist indes nur durch seine in §§ 305 ff. InsO beziehungsweise in §§ 217 ff. InsO angelegte gewisse Steifheit und Zähflüssigkeit erreichbar. Dabei ist der gerichtliche Schuldenbereinigungsversuch, erst nach Eröffnungsantrag in Gang kommend, aber vor einer Entscheidung über den Eröffnungsantrag durchzu- 178

11 *Treffer*, MDR 2000, 1178 f.

führen, erheblich kostengünstiger. Zur vorgerichtlichen Kooperation mit der Schuldnerberatung liefert Anreiz, daß ihre Arbeit aus unterschiedlichsten Quellen, gemäß den Landesvorschriften über die Schuldnerberatung zum Teil auch vom Staat, fremdfinanziert ist.[12] Auch ist der von den Beratungsstellen eingefädelte vorgerichtliche Bereinigungsversuch (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) nur geringen Regularien (weit überwiegend nicht das Verfahren, sondern nur den Status von Personen oder Einrichtungen als Schuldnerberatungsstelle betreffend[13]) unterworfen, und er unterscheidet sich insofern kaum von unbegleiteter Bemühung des Schuldners, sich mit seinen Gläubigern zu verständigen. Doch bleibt aus der Sicht des einzelnen Gläubigers über ihren Aktivitäten ein gewisser Schleier.

III. Insolvenzplan mit vom Gesetz abweichender Liquidation oder teilweise gesetzeskonformer Liquidation oder Sanierung

179 Anders als vorgerichtlicher und gerichtlicher Schuldenbereinigungsversuch im Kleinverfahren (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO; §§ 305 Abs. 1 Nr. 4, 306–310 InsO) kann ein Insolvenzplan erst in laufendem Insolvenzverfahren entstehen[14]. Sein Inhalt ist nicht strikt vorgegeben. Der in § 1 Satz 1 a.E. InsO angesprochene Unternehmenserhalt ist nur einer von mehreren denkbaren Lösungen. Zum einen kann ein Insolvenzplan auch dort aufgestellt werden, wo sich gar kein Unternehmen im Schuldnervermögen befindet. Zum anderen muß ein Insolvenzplan sich nicht auf Sanierung beschränken.

1. Sanierung

180 **Sanierungsfähig** sind nicht allein Unternehmen, sondern auch nichtunternehmerische Gesamtheiten von Vermögensgegenständen oder als Einheit wirkende Personenverbände. Sogar Wiederherstellung entgleister Bewirtschaftung eines einzelnen Objektes im Schuldnervermögen (etwa eines Mietshauses) kann man als Sanierung bezeichnen.

181 Sanierung läßt sich in **zwei Grundformen** einteilen.

182 Entweder gesundet der Träger selbst durch Reorganisation des Vermögens. Ist der Schuldner eine Gesellschaft, können die Gläubiger in sie einrücken, indem sie Anteile an ihr übernehmen. Doch kommt ebenso gut auch Reorganisation mit unveränderten Beteiligungsverhältnissen in Frage, der Schuldner sei natürliche Person oder Gesellschaft. Wenn allerdings der Schuldner Gesellschaft ist, steht vor einer Reorganisation noch das Problem, daß die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gesellschaft auflöste (z.B. § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB; § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 GmbHG). Soll die Gesellschaft weiterhin Vermögensträger sein, muß sie aus dem Abwicklungsstadium in einen dauernden Bestand zurückgeführt werden. Dem dient der Beschluß zu ihrer Fortsetzung (§§ 144 HGB, 274 Abs. 2 Nr. 1 AktG, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG)[15]. Ihn fassen die bisherigen Gesellschafter. Nicht etwa steht die Fortsetzung in der Willkür der Gläubiger, des Insolvenzverwalters oder des Insolvenzgerichts. Die Verfahrenseröffnung nahm der Gesellschaft lediglich die Verfügungsgewalt über das Gesellschaftsvermögen (§ 80 Abs. 1 InsO), beraubte aber den Träger nicht aller Autonomie.

183 Oder die vom Träger gehaltene Einheit allein – zum Beispiel das Unternehmen – wird saniert und einem neuen Träger anvertraut (sogenannte übertragende Sanierung). Insbesondere ist an eine neue Gesellschaft zu denken, in welcher die Gläubiger Anteile halten.

184 Die beiden Grundformen stellt das Gesetz einander nicht sehr deutlich gegenüber. Es macht sie aber in §§ 229, 230, 254 Abs. 1 InsO immerhin erkennbar.

12 Die Finanzierungsfrage birgt selbstredend manches Konfliktpotential. Beispiel: VGH Kassel, Beschluß vom 3. März 2005 – 6 TG 2352/04, NJW 2007, 1963 ff.

13 Im Bundesrecht nur § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Landesrechtlich in den Ausführungsbestimmungen dazu; siehe oben Rn. 71 ff.

14 Im einzelnen unten Rn. 1600 ff. (§ 34).

15 Oben Rn. 136.

2. Liquidation

Anstelle von Sanierung kann ein Insolvenzplan als ein Liquidationsplan auch vollkommene Zerschlagung des Schuldnervermögens vorsehen. Die Zerschlagung ist zwar bereits gesetzlich durchgeformt (§§ 148 bis 173 InsO). Aber je nach den Umständen kann sich für das ganze Vermögen oder auch nur für Teile desselben eine mehr oder minder große Abweichung von den gesetzlichen Abläufen als tunlich erweisen. Die Abweichung vom gesetzlichen Muster zu regeln ist gemäß § 1 Satz 1 Fall 2 InsO Aufgabe eines Insolvenzplanes. Freilich ist nicht jede Idee aus dem Kreise der Gläubiger nur im Wege eines Insolvenzplans realisierbar. Auch die gesetzliche Liquidation sieht Beteiligung der Gläubiger vor (§§ 156 ff. InsO; § 168 InsO). 185

3. Liquidation und Sanierung

Es ist praktisch kaum denkbar, Sanierung ohne Versilberung auch nur eines einzigen Gegenstandes aus dem Schuldnervermögen zu betreiben. Vielmehr geht **jede Sanierung mit einer Liquidation von mehr oder minder großen Teilen der Insolvenzmasse einher**; jeder Sanierungsplan trägt Züge eines Liquidationsplans. Abgestoßen werden bald einzelne Gegenstände, bald Gesamtheiten. Bei der reorganisierenden Sanierung unterstützen die Veräußerungen den Neubeginn; bei der übertragenden Sanierung ereignen sich im Übertragungsakt Liquidation und Wiederbelebung zugleich. Auf der anderen Seite sind Insolvenzpläne rar, welche ausschließlich eine vom Gesetz abweichende Abwicklung anordnen. Alles in allem enthält demnach nahezu **jeder Insolvenzplan** sowohl **Elemente** einer mehr oder minder stark von **gesetzlicher Liquidation** abweichenden Abwicklung als auch Elemente der **Sanierung**.[16] Auch die Kombination gesetzeskonformer Liquidation eines Vermögensteils mit Sanierung im übrigen ist denkbar. 186

IV. Außergerichtliche Verständigung zwecks Einstellung schon begonnenen Verfahrens

Auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist eine ungelenkte Verständigung zwischen Schuldner und Gläubigern nicht ausgeschlossen. Die Vorschriften über den Insolvenzplan ordnen lediglich die privatautonome Regulierung aus dem Verfahren heraus. Sie verbieten aber nicht den Schuldenbereinigungsversuch außerhalb des Verfahrens. In der Kleininsolvenz ist sogar ausschließlich eine Verständigung außerhalb des Insolvenzverfahrens möglich; denn im Kleininsolvenzverfahren kann es keinen Insolvenzplan geben (§ 312 Abs. 2 Fall 1 InsO). 187

Freilich kann die Verständigung notwendige Verfügungen über Massegegenstände nur vorbereiten. Denn solange das Insolvenzverfahren läuft, ist der Schuldner – von der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO abgesehen – nicht verfügungsbefugt (§ 80 Abs. 1 InsO). Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, ohne Ausnahme alle dem Gericht bekannten Insolvenzgläubiger einzubeziehen (beziehungsweise, falls die Anmeldefrist schon verstrich, alle Insolvenzgläubiger, die ihre Forderung anmeldeten). Denn mit Zustimmung aller dieser Gläubiger stellt das Gericht das Insolvenzverfahren ein (§ 213 Abs. 2 (bzw. Abs. 1) InsO). Dadurch gewinnt der Schuldner wieder seine Verfügungsgewalt, und seine Dispositionen über die Masse können wirksam werden. 188

V. Betriebsänderung mit Arbeitnehmerinteressenausgleich und Sozialplan

Befindet sich im Schuldnervermögen ein Betrieb, in welchem Arbeitnehmer beschäftigt sind, so wird eine Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) fast stets unvermeidbar sein. Über hierzu erforderliche Kündigungen von Arbeitsverhältnissen kann betriebsintern eine Regelung in einem Interessenausgleich gefunden werden (es handelt sich um die allgemeine Regelung des § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, welche in § 122 InsO modifiziert wird). Etwaige finanzielle Erleichterungen für die betroffenen Arbeitnehmer sind Gegenstand eines Sozialplanes (allgemein § 112 Abs. 1 189

16 Diesen Befund bestätigend *Flessner*, in: HeidKomm, § 217 InsO, Rn. 12.

Satz 2 BetrVG; für den Sozialplan während oder kurz vor einem Insolvenzverfahren ergänzt um § 123 bzw. § 124 InsO).

190 **Interessenausgleich** und **Sozialplan** kommen sowohl bei gesetzlicher Liquidation zum Einsatz als auch begleitend zu einem Insolvenzplan. Als Begleitung zum Insolvenzplan können die beiden arbeitsrechtlichen Instrumente sowohl eine Sanierung unterstützen als auch eine vom Gesetz abweichende Abwicklung[17]. Zu einem vorgerichtlichen oder gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch können Interessenausgleich und Sozialplan nicht hinzutreten, da das Regelinsolvenzverfahren und gemäß § 304 Abs. 1 Satz 2 a.E. InsO nicht das Kleinverfahren durchzuführen ist, wenn der Schuldner Forderungen aus Arbeitsverhältnissen ausgesetzt ist.

17 Was beides Regelungsgehalt eines Insolvenzplans sein kann. Siehe zuvor Rn. 180 ff.

§ 6 Grundsätze des Insolvenzverfahrens

Literatur: *Paulus*, Verbindungslinien zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 33 ff.; *Pawlowski*, Zur Auslegung der Insolvenzordnung, DZWIR 2001, 45 ff.; *Prütting*, Allgemeine Verfahrensgrundsätze der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 221 ff.; *Prütting*, in: *Kübler/Prütting*, § 5 InsO, Rn. 1 ff.; *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 118 ff.; *Stürner*, in: MünchKomm, Einleitung, Rn. 46 bis 76; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 1 InsO, Rn. 3, § 5 InsO, Rn. 1 ff.

Wie alle Verfahren läßt auch das Insolvenzverfahren Grundsätze erkennen. Solche **191**
werden in § 5 InsO angesprochen, allerdings bei weitem nicht erschöpfend. Andere Grundsätze ergeben sich aus der Gesamtschau der Insolvenzordnung, und wiederum andere sind Gemeingut aller Zivilverfahren oder sogar aller von Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention beherrschter gerichtlicher Verfahren. Auf der anderen Seite ist es recht hochgestochen und geradezu verfehlt, die Anwendung maschineller – soll heißen: elektronischer – Datenverarbeitung (§ 5 Abs. 4 InsO) unter der Überschrift »Verfahrensgrundsätze« zu regeln. Die nachstehenden Grundsätze des Insolvenzverfahrens verstehen sich nicht als unmittelbar anwendbare Einzelregeln, sondern als Abstraktion aus Regeln des Insolvenzverfahrens. In Zweifelsfällen dienen sie, wie derartige Abstraktionen es auf anderen Gebieten auch tun, als Verständnis- und Auslegungshilfe.

I. Dispositionsmaxime (Verfügungsgrundsatz)

Literatur: *Gerke*, Uneingeschränkte Dispositionsmaxime beim Gläubigerantrag trotz vorläufiger Verwaltung?, ZInsO 2003, 873 ff.

Das Insolvenzverfahren ist von der Dispositionsmaxime, dem Verfügungsgrundsatz, **192**
gekennzeichnet. Es kommt nicht aus staatlichem Antrieb, nicht in Offizialmaxime in Gang. Ebensowenig wie es einen Zivilprozeß ohne Klage (§ 253 ZPO) oder Zwangsvollstreckung ohne Antrag (siehe zum Beispiel § 754 ZPO) gibt, gibt es einen Konkurs von Amts wegen. Vielmehr **bedarf** es eines **Antrages** von Schuldner- oder Gläubigerseite (§ 13 Abs. 1 InsO). Die Marktteilnehmer haben selbst darauf zu achten, ob sie selbst oder ihre Partner noch marktteilnahmefähig sind. Der Staat überwacht nicht die Liquidität der Marktteilnehmer. Nur ausnahmsweise kann der Staat durch seine Aufsichtsbehörde für bestimmte Branchen das Verfahren veranlassen (Antragsbefugnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gemäß § 46b Abs. 1 Satz 4 KWG betreffend Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute; gemäß § 88 Abs. 1 VAG betreffend Versicherungsunternehmen). Bis zur Entscheidung über den Antrag kann der Antragsteller das anlaufende Verfahren noch mittels Rücknahme zum Stillstand bringen (§ 13 Abs. 2 InsO). Die Rücknahmemöglichkeit besteht auch dann noch, wenn das Insolvenzgericht bereits Sicherungsmaßnahmen (§§ 21 f. InsO) verhängte. Erst mit der Eröffnung ist es der Beherrschung des Antragstellers entwunden. Und im Zusammenwirken mit allen Gläubigern kann der Schuldner das Verfahren vor Erledigung immer noch einstellen lassen (§ 213 InsO). Bereits hieraus wird deutlich, daß das Insolvenzverfahren ähnlich dem Zivilprozeß und dem Einzelzwangsvollstreckungsverfahren ein Instrument zur prozessualen

Fortsetzung der Privatautonomie[1] darstellt. Eines Antrages bedarf auch das an das Insolvenzverfahren anschließende Verfahren zur Restschuldbefreiung (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die vielfältigen Entscheidungsbefugnisse der Gläubiger im weiteren Verlauf des Verfahrens (siehe insbesondere § 157 InsO wegen der Wahl zwischen Zerschlagung nach Gesetz und Erarbeiten eines Insolvenzplanes)[2] sind ebenfalls Ausdruck der Selbstgestaltung durch die Betroffenen. Sie lassen sich unter dem Prinzip der **Gläubigerherrschaft** zusammenfassen[3].

193 Beeinträchtigung seiner Verfügungsgewalt erleidet der Schuldner (der nicht natürliche Person ist) allerdings dann, wenn das Gesetz seine Organe in der Insolvenz zur Antragstellung anhält (so zum Beispiel im Falle des Vereins § 42 Abs. 2 Satz 1 BGB). Auch kann man die Offizialmaxime zu einem gewissen Grade darin verwirklicht erblicken, daß der Initiator, ist auf seine Disposition das Insolvenzverfahren erst einmal eröffnet worden (nun ist es für eine Antragsrücknahme nach § 13 Abs. 2 Fall 2 InsO zu spät), nicht mehr allein aus seiner Willkür das Verfahren beenden kann. Auch mag es ein nicht am Konkurs interessierter Gläubiger für staatliche Bevormundung halten, daß er das von einem anderen Gläubiger angestoßene Insolvenzverfahren nicht verhindern kann. Doch zeigt die soeben schon erwähnte Einstellung nach § 213 InsO, daß die Dispositionsbefugnis lediglich vom Initiator zum weiten Kreis der Gläubiger hin verschoben ist. Eher von der (die Kräfte des Staates schonenden und damit die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege wahrenden) Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis und vom Schutz des Schuldners vor zweckloser Vermögenszerschlagung als vom Gedanken der Offizialmaxime getragen ist die Einstellung von Amts wegen bei Massearmut (§§ 207 bis 211 InsO) sowie beim Wegfall des Eröffnungsgrundes (§ 212 InsO). Auch das bei noch so starkem Eröffnungswunsch des Antragstellers unumgängliche Erfordernis eines wirklichen Eröffnungsgrundes (§ 16 InsO) widerspricht nicht dem Dispositionsgrundsatz, sondern ist lediglich Begrenzung im Blick auf Rechtsschutzbedürfnis und Schuldnerschutz.

194 Der Verfügungsgrundsatz äußert sich ferner darin, daß Insolvenzforderungen nicht schon wegen sicherer Kenntnis des Verwalters von ihnen berücksichtigt werden, sondern nur auf Anmeldung nach § 174 InsO.

II. Amtsbetrieb

195 Lieferte ein Antragsteller den ersten Anstoß zum Verfahren, so handeln im folgenden die Organe, und unter diesen vor allem das Insolvenzgericht, aus eigenem Antrieb. Es muß nicht jeder einzelne Verfahrensschritt eigens gefordert, nicht jede Maßnahme beantragt werden. Trotz dieses Grundsatzes des Amtsbetriebes (Offizialbetriebes) sind die Betroffenen gut beraten, das Geschehen wachsam zu verfolgen und den Organen im Bedarfsfalle Anregungen zu geben. So kann es beispielsweise nützlich sein, das Insolvenzgericht auf Mißstände in der Insolvenzverwaltung hinzuweisen, damit es Aufsichtsmaßnahmen (§ 58 InsO) ergreift oder gar den Verwalter entläßt (§ 59 Abs. 1 InsO). Deswegen von Parteibetrieb zu sprechen, wäre indessen verfehlt. Parteibetrieb entsteht auch nicht dadurch, daß die Gläubiger gesetzlich zur Bekleidung von Organen (Gläubigerversammlung gemäß § 74 InsO; Gläubigerausschuß gemäß § 67 InsO) herangezogen werden und der Schuldner Eigenverwalter sein kann (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO).

1 Siehe oben Rn. 14 f.
2 Weiteres unten Rn. 375 f.; überhaupt betreffend Rollen der Beteiligten Rn. 253 ff. (§ 7).
3 Siehe unten Rn. 196 ff.

III. Gläubigerherrschaft und Schuldnerherrschaft

Literatur: *Beissenhirtz*, Gläubigerautonomie in der Insolvenz, in: Festschrift Braun, 2007, S. 183 ff.

Dem Gericht kommt zwar die Rolle zu, den Befriedigungsvorgang zu lenken. Doch durchzieht, gleichviel ob der Schuldner oder ein Gläubiger das Verfahren anstrengte, alle Abläufe die starke Entscheidungsgewalt der Gläubiger (Gläubigerautonomie). Sie nehmen sie in den Organen **Gläubigerversammlung** (§ 74 ff. InsO) und **Gläubigerausschuß** (§ 67 ff. InsO), aber auch einzeln wahr. Beispiele sind die kurz zuvor erwähnte[4] Entscheidung über das weitere Vorgehen nach Feststellung der Vermögenssituation (§ 157 InsO) und die Beurteilung angemeldeter Forderungen (§§ 176, 178 ff. InsO). Die Gläubigerherrschaft kann man als Erweiterung des Dispositionsgrundsatzes[5] begreifen. Diese Erweiterung ist allerdings sehr rigide. Was über die Festlegung des Verfahrensgegenstandes (individuelle Anmeldung eventuell zu bedienender Forderungen; organschaftlich angestoßene Suche nach einer Planlösung) hinausgeht, ist Ausübung von Entscheidungsgewalt über das Eigentum des Schuldners (zum Beispiel Betriebsstillegung nach § 157 Satz 1 InsO oder § 158 Abs. 1 Fall 1 InsO; Zustimmung zu bedeutenden Maßnahmen gemäß §§ 160 ff., 276 InsO) noch vor Klärung der Gläubigerpositionen in der Forderungsprüfung (§§ 176 ff. InsO). **196**

Auf der anderen Seite erschöpft sich die Rolle des Gemeinschuldners nicht in derjenigen des nach §§ 80 ff., 148 ff. InsO aus seiner Verfügungsgewalt verdrängten und zur Tatenlosigkeit verdammten Vermögensinhabers. Der Schuldner kann (außer gemäß § 312 Abs. 2 Fall 2 InsO im Kleinverfahren) selbst das Amt des Insolvenzverwalters übernehmen (§ 270 Abs. 1 InsO). Er kann (wenngleich nicht exklusiv) das Verfahren aus der gesetzlichen Zerschlagung in die abweichende Regulierung nach Insolvenzplan lenken (§ 218 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO). Auch die Schuldnerherrschaft ist Erweiterung der Dispositionsmaxime. **197**

Zur **Autonomie des Schuldners** gehört, ist er natürliche Person, daß man trotz Einziehung des Neuerwerbs zur Masse (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO) die Entscheidungsfreiheit des Schuldners zum Einsatz seiner Arbeitskraft zu respektieren hat. Der Schuldner kann mittelbar die Tragweite des Insolvenzbeschlages gestalten, weil ein Beschlag seiner dem erfaßbaren Vermögen zugrundeliegenden Arbeitskraft mit der Achtung von Menschenwürde und Freiheit (Art. 1, 2 Abs. 1 GG) unvereinbar wäre. Die Gläubigerversammlung hat zwar die Befugnis, Stillegung oder Fortführung eines in der Masse vorhandenen Unternehmens zu beschließen (§ 157 Satz 1 Fall 1 InsO). Der Beschluß kann aber weder den Schuldner als natürliche Person daran hindern, außerhalb der Masse weiter unternehmerisch tätig zu sein, noch ihm solche Aktivität auftragen. Die Praxis erwägt sogar, den Massebeschlag für reduziert anzusehen, wenn der Schuldner seine Tätigkeit fortzusetzen wünscht und dafür die vollständige, etwas oberhalb der Grenze zur Unpfändbarkeit liegende Betriebsausstattung weiterbenutzen möchte[6]. **198**

IV. Einvernehmliche Schuldenregulierung nach Wahl

Eng mit der Disposition über das Insolvenzverfahren und mit der Gläubigerherrschaft im Verfahren benachbart ist die der Insolvenzordnung eigene Alternative zwischen gesetzlicher Liquidation (§§ 1 Satz 1 Fall 1, 159 InsO) und privatautonomer Schuldenregulierung nach Insolvenzplan (§§ 1 Satz 1 Fall 2, 217 ff. InsO) oder Schul- **199**

4 Siehe oben Rn. 192.

5 Siehe oben zu Rn. 193.

6 AG Köln, Beschluß vom 14. April 2003 – 71 IN 25/02, NZI 2003, 387, 388 f.

denbereinigungsplan (§§ 305 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 4, 306 ff. InsO). Das Insolvenzverfahren ist offen gegenüber einvernehmlicher Schuldenregulierung (Förderung gütlicher Einigung[7]). Diese Offenheit ist zugleich ein Aspekt der sogleich zu nennenden Einheitlichkeit des Verfahrens.

200 Die Offenheit des Gesetzes gegenüber einer vom Gesetz abweichenden, autonomen Regulierung geht so weit, daß das vom Schuldner initiierte (§ 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO) Kleinverfahren (§ 304 InsO) gar nicht erst eröffnet werden kann, bevor einvernehmliche Schuldenbereinigung versucht wurde (§§ 305 Abs. 1 Nr. 1, 306 Abs. 1 Satz 1 InsO).

201 Tatsächlich ist die Zahl der einvernehmlichen Schuldenregulierungen verhältnismäßig gering. Der obligatorische Schuldenbereinigungsversuch scheitert zumeist, und das Insolvenzplanverfahren kommt selten, aber zunehmend häufiger (in rund zwei von hundert der zum Regelverfahren zählenden Unternehmensinsolvenzen) in Gang[8].

V. Einheitlichkeit des Verfahrens

202 Das Insolvenzverfahren zeichnet sich des weiteren durch Einheitlichkeit aus. Dieser Grundsatz zerfällt in mehrere Untergesichtspunkte:

1. Zusammenfassung der Verfahrensalternativen

203 Das Insolvenzverfahren ist ein **Einheitsverfahren** trotz seiner Aufzweigung in Vermögenszerschlagung nach Gesetz und einvernehmliche Schuldenregulierung. Gleichgültig, welchen Ausgang es nimmt und wann die Wahl in die eine oder die andere Richtung getroffen wird, bleibt es immer ein und dasselbe Insolvenzverfahren. Wegen seiner Doppelgesichtigkeit ist das Insolvenzverfahren auch bei Sanierung ohne (völlige) Vermögensauflösung ein Liquidationsverfahren im Sinne des europäischen Insolvenzrechts[9].

2. Zusammenfassung der Gläubiger

204 Einmal eröffnet, faßt das Insolvenzverfahren alle Gläubiger zusammen[10]. Es gibt **keine Unterscheidung** nach Betrag oder Ursprung der Forderungen. Auch diejenigen, welche sich nicht daran beteiligen wollen, müssen hinnehmen, daß alles verwertbare Vermögen in Geld umgesetzt oder ihre Position gemäß dem Insolvenzplan (§ 254 Abs. 1 Satz 3 InsO) oder gemäß dem auf Eröffnungsantrag folgenden Schuldenbereinigungsplan (§ 308 Abs. 3 Satz 2 InsO) beschnitten wird. Durch Schuldenbereinigungsplan verliert der Gläubiger seine Rechte allerdings nur, wenn er immerhin zur Teilnahme eingeladen war; ansonsten bleibt seine Stellung gemäß § 308 Abs. 3 Satz 1 InsO unberührt.

205 Eine gewisse Einschränkung erleidet die Zusammenfassung der Gläubiger dadurch, daß Aussonderung und Absonderung als **Sonderbildungen** ausgestaltet (§§ 47 f. InsO; §§ 48 bis 52, 165

7 So *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 5 InsO, Rn. 58.

8 Siehe Bericht »Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen. 1. Halbjahr 2009« des Verbandes der Vereine Creditreform (Neuss) vom 25. Juni 2009, S. 28 ff.; im Internet unter http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Creditreform_Wirtschaftsforschung/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen_DE/2009_-_1._Halbjahr/2009-06-25_Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen.pdf (geprüft am 3. November 2009).

9 Siehe oben Rn. 113.

10 Bei *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 5 InsO, Rn. 71, als personelle Universalität geführt.

bis 173 InsO) gegenüber der Insolvenzforderung (§ 38 InsO) abgehoben und damit außerhalb der Zielsetzung des Insolvenzverfahrens angesiedelt sind. Gänzlich ausgenommen gar sind die nach Eröffnung vom Schuldner neu begründeten Verbindlichkeiten. Darauf ist bei der Frage nach Gleichbehandlung[11] zurückzukommen.

Die Zusammenfassung der Gläubiger überspringt die übliche Einteilung nach Rechtswegen. Obwohl Zivilverfahren, wickelt das Insolvenzverfahren jegliche Forderung ab. Geldstrafen und Geldbußen (diese freilich gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO mit schlechtem Rang) gehören ebenso hierher wie Steuern oder Verwaltungsgebühren, Beiträge zur Sozialversicherung oder Arbeitsentgelte. 206

3. Zusammenfassung des Vermögens

Ein dritter Gesichtspunkt der Einheitlichkeit ist die Erfassung **allen Vermögens** außerhalb der Pfändungsfreiheit (§§ 35 Abs. 1, 36 Abs. 1 InsO). Der Beschlag (§ 80 Abs. 1 InsO) ist universell. 207

Es spielt keine Rolle, **wo** sich die Vermögensgegenstände befinden (nur umgekehrt kann die Belegenheit sich auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit auswirken). Insbesondere werden nach dem Grundsatz der Universalität (hier im internationalen Sinne) auch Gegenstände in die Abwicklung genommen, welche sich räumlich außerhalb deutscher Jurisdiktionsgewalt befinden[12]. Die **grenzüberschreitende Universalität** kann allerdings mit einem Territorialverfahren durchbrochen werden[13]. 208

Ebensowenig ist von Belang, um **welche Art** von Vermögenswerten es sich handelt. Jegliches versilberbare Gut des Schuldners wird ergriffen. Es kommt nicht darauf an, ob es körperlich oder unkörperlich ist, ob beweglich oder unbeweglich. Sind es Forderungen oder andere Rechte, so ist unbeachtlich, ob sie dem Zivilrecht oder (zum Beispiel als Steuererstattungsanspruch) dem öffentlichen Recht entspringen; es kommt also nicht darauf an, auf welchem Rechtsweg der Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Bewirtschaftungs- und Verwertungszuständigkeit (§§ 148 Abs. 1, 159 InsO) notfalls das Recht realisieren muß. 209

VI. Gleichbehandlung der Gläubiger und Exklusivität der Gesamtvollstreckung

Literatur: *Adam*, Betriebsfortführung und Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger, DZWIR 2007, 357 ff.; *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007; *Damerius*, Das Schicksal schwebender Verfahren des Insolvenzschuldners, 2006; *Gusky*, Beihilfenrückforderung und Gläubigergleichbehandlung, KTS 2008, 403 ff.; *Meyer/Rein*, Das Ende der Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzrecht?, NZI 2004, 367 ff.; *Stehle*, Die Stellung des Vollstreckungsgläubigers bei grenzüberschreitenden Insolvenzen in der EU. Dargestellt am Beispiel England – Deutschland, 2006; *Viertelhausen*, Einzelzwangsvollstreckung während des Insolvenzverfahrens, 1999; *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005.

11 Nachfolgend Rn. 210 ff. (§ 6 VI).
12 Siehe oben Rn. 125 ff.
13 Ebenfalls oben Rn. 125 ff.

1. Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger

210 Das Insolvenzverfahren ist sowohl in **gesetzlicher Liquidierung** des Schuldnervermögens als auch bei Erzeugung eines **Insolvenzplanes** auf **Gleichbehandlung** der Insolvenzgläubiger angelegt[14]. Dies drückt § 1 Satz 1 InsO mit dem Wort von der gemeinschaftlichen Befriedigung aus. In Rechtsprechung[15] und Literatur findet man dafür stets den Ausdruck *par conditio creditorum* (eigentlich: *par condicio creditorum*), die gleiche Lage der Gläubiger. Der Wettlauf der Gläubiger um die zur Befriedigung verwertbare Habe des Schuldners wird beendet und exklusiv durch eine gebündelte Abwicklung ersetzt[16]. Kennzeichen dieser Gleichbehandlung sind neben anderem

211
- Verweis auf die Gesamtvollstreckung (§ 87 InsO) und Unterbinden der Einzelzwangsvollstreckung (§§ 89 Abs. 1 InsO; 30d Abs. 1 bis 3 ZVG) mit Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3, 321 InsO); Zwangsvollstreckungsverbot sogar schon während des Eröffnungsverfahrens (§§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO, 30d Abs. 4 ZVG); Verstößen gegen § 89 InsO begegnet der Verwalter beziehungsweise der vorläufige Verwalter mit der gemäß § 89 Abs. 3 Satz 1 InsO nicht beim Vollstreckungsgericht sondern beim sachnäheren Insolvenzgericht eingelegten Erinnerung (§ 766 ZPO)[17]; wegen der Rückschlagsperre hingegen bleibt es bei der Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts für eine Erinnerung; unbenommen ist dem Insolvenzgläubiger jedoch die Befriedigung durch Aufrechnung (§§ 387 BGB, 94 f., 96 Abs. 2 InsO); die öffentliche Hand als Abgabengläubigerin muß sich nach Eröffnung des Zugriffs im Wege der Verwaltungsvollstreckung ebenfalls enthalten (§ 251 Abs. 2 Satz 1 AO);
- Verdrängen des Schuldners aus der Verfügungsgewalt über sein Vermögen (§§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 Satz 1 InsO); auch vorläufig (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO);
- Unmöglichkeit sonstigen Erwerbs nach Eröffnung (§ 91 Abs. 1 InsO);
- Rückholen von Erfüllungsleistungen und Abflüssen aus Zwangsvollstreckung im Wege der Anfechtung (§§ 130, 131, 141 InsO);
- anteilige Zuweisung von Erlösen (§ 195 InsO);
- weiteres Unterbinden der Zwangsvollstreckung während des Verfahrens zur Restschuldbefreiung (§ 294 Abs. 1 InsO);
- gruppenweise Gleichstellung im Insolvenzplan (§ 226 Abs. 1 InsO) bei Ausschluß von Vorzugsbehandlungen außerhalb des Insolvenzplans (§ 226 Abs. 3 InsO);
- Angemessenheit der Regelung des Insolvenzplans für eine Gruppe im Gesamtvergleich (§ 245 InsO).

2. Grenzen der Gleichbehandlung

212 Ihre **Grenze** findet die Gleichbehandlung **in der Sonderbehandlung** von Massegläubigern (§§ 53 bis 55, 324 InsO), **in Aussonderung** (§§ 47 f. InsO) und **Absonderung** (§§ 49 bis 52, 165 ff. InsO) sowie in der **Nichtbehandlung der Neugläubiger**. Dies verdankt sich der Rücksichtnahme auf Besonderheiten der Nähe zur Verfahrensabwicklung selbst, der Rechtsstellung

14 Siehe bereits oben Rn. 38.
15 Z.B. BGH, Urteil vom 10. August 2006 – IX ZR 28/05, NJW 2006, 2619, 2620.
16 Siehe oben Rn. 23 ff.
17 Dazu *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 89 InsO, Rn. 25 f.

oder der zeitlichen Abfolge. Allerdings kann auch der Zugriff des Absonderungsberechtigten zugunsten des Insolvenzverfahrens gebremst werden (§§ 169 Satz 1, 172 InsO; § 30d Abs. 1 bis 3 ZVG), und zwar auch schon vor Eröffnung (§§ 21 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 3 und 5, 169 Satz 2 InsO; § 30d Abs. 4 ZVG).

Weitere **Einschränkung** ist die Zuordnung ungünstiger Rangstufen für gewisse Forderungen (§§ 39, 327 InsO). Auch die Wiedereröffnung der Zwangsvollstreckung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (§§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO) – vorbehaltlich des Verfahrens zur Restschuldbefreiung (§ 201 Abs. 3 InsO) – ist Grenze der Gleichbehandlung. Geradezu eine Verzerrung des Insolvenzverfahrens ist die Bevorzugung der Kreditwirtschaft sowohl innerhalb des Kreises der Insolvenzgläubiger (z.B. §§ 21 Abs. 2 Satz 2, 96 Abs. 2, 130 Abs. 1 Satz 2 InsO) als auch innerhalb des Kreises der Absonderungsberechtigten (z.B. § 166 Abs. 3 InsO). Die Ausnahmevorschriften sind durch die europäische Finanzsicherheitenrichtlinie vom Jahre 2002[18] ausgelöst. Sie geben ein bedauerlich gutes Beispiel für die Anfälligkeit des undurchsichtigen europäischen Normgebungsapparates gegenüber einseitiger Einflußnahme bei gleichzeitiger systembedingter Handlungsunfähigkeit des nationalen Gesetzgebers ab. 213

Andererseits ist die **Exklusivität der Gesamtvollstreckung** so stark, daß auch schon der Vorbereitung eines Einzelzugriffs das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Deswegen sind während des Insolvenzverfahrens insbesondere die Ressourcen der erkennenden Gerichte unnötig belastende Leistungsklagen einzelner Insolvenzgläubiger gegen den Schuldner in weiter Interpretation von § 87 InsO unzulässig.[19] Feststellungsklagen fehlt angesichts des in § 87 InsO bestimmten Vorrangs des Insolvenzverfahrens das Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO. Lediglich zur Klärung einer im Prüfungstermin (§ 176 InsO) bestrittenen Insolvenzforderung ist Fortsetzung unterbrochener (§ 240 ZPO) Prozesse oder ein neuer Feststellungsprozeß zulässig (§§ 179 Abs. 1, 180 InsO). Wer also eine Forderung hat, die nach § 38 InsO zu den Insolvenzforderungen zählt, ist Insolvenzgläubiger, ob er will oder nicht. Prozessuale Auseinandersetzung um die Forderung ist stets nur dann zulässig, wenn sie auch zur Tabelle angemeldet (und außerdem bestritten) ist. Wer prozessuale Klärung wünscht, muß deshalb am Insolvenzverfahren teilnehmen (und auf Widerstand dort hoffen), auch wenn er sich von diesem nicht den geringsten Erfolg verspricht.[20] Die Exklusivität der Gesamtvollstreckung dauert bis zu deren regulärer oder vorzeitiger Beendigung. Allenfalls dann, wenn sich eine sehr frühe vorzeitige Beendigung des Insolvenzverfahrens ohne Gelegenheit zur Feststellung der Forderung in der Tabelle mit Nutzungsmöglichkeit nach § 201 Abs. 2, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO abzeichnet, ist individueller Prozeß bereits wieder zulässig. 214

3. Gleichheitsgrundrecht und Gleichheitsübermaß

Die Gleichbehandlung ist nicht beliebige Ausgestaltung des von der Justizgewährpflicht[21] veranlaßten Verfahrensangebotes, sondern vom Gleichheitsgrundrecht (Art. 3 Abs. 1 GG) gefordert. Dies betrifft zum einen die innere Konsequenz des Verfahrens. Wenn dem Gläubiger Einzelzwangsvollstreckung verboten ist und etwa Erlangtes wieder genommen wird, dann muß diese Begrenzung der Freiheit wenigstens in anteilig gleiche Ausschüttung münden. Und das allseitige, insofern gleichmäßige Unterbinden des Wettlaufs um Befriedigung aus dem Schuldnervermögen überhaupt ist soziale Rücksicht, die der Staat jedem einzelnen Gläubiger zur Stärkung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung von Freiheit durch die Instrumen- 215

18 Oben Rn. 65.

19 Kleinere Vorbereitungen wie das Antragen auf eine Vollstreckungsklausel sollen aber der Rechtsprechung zufolge weiter möglich sein, obwohl die Benutzung der Klausel an § 89 Abs. 1 InsO scheitern würde. Siehe BGH Beschluß vom 12. Dezember 2007 – VII ZB 108/06, NJW 2008, 918, 919.

20 Siehe BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 165/02, DZWIR 2004, 200, 201 f., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2004, 202, 204 f.

21 Siehe oben Rn. 11 ff.

te des Privatrechts abverlangt und im Sinne einer über Abwehr hinausgehenden Schutzfunktion der Grundrechte abverlangen muß.

216 Bedenken weckt die Ausgestaltung von § 89 InsO freilich insoweit, als nach § 89 Abs. 2 Satz 1 InsO auch andere Gläubiger als die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), welche allein Adressaten des Verfahrens sind, von ihrem Zwangsvollstreckungszugriff abstehen müssen. Dies trifft insbesondere die **Neugläubiger**, welche zusehen müssen, wie aller Neuerwerb zur Masse fällt (§ 35 Abs. 1 InsO), und doch nicht aus der Masse bedient werden. Sie können auch nicht eine Masse zu ihrer Bedienung erzeugen, indem sie ein zweites Insolvenzverfahren nur für sich beantragen.[22] Vielmehr würde der Antrag eines Neugläubigers auf Eröffnung eines zweiten Insolvenzverfahrens für all diejenigen, welche sich nicht mehr als Insolvenzgläubiger am schon laufenden Insolvenzverfahren beteiligen können, mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Das **Rechtsschutzbedürfnis** fehlt, weil kein vom laufenden Insolvenzverfahren abgrenzbares pfändbares Vermögen existiert[23]. Die Neugläubiger erleiden eine Ungleichbehandlung. Diese läßt sich nur mit Aufbesserung des für das Restschuldbefreiungsverfahren nach § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO oder für einen Insolvenzplan vorzuhaltenden Einkünftevolumens rechtfertigen. Verbreiterung der Masse für die Bedienung der Insolvenzgläubiger im laufenden Insolvenzverfahren genügt zur Erklärung nicht. Denn die Einkünfte fließen gemäß § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO ohnehin der Masse zu, wenn denn das Insolvenzverfahren noch bis zur Fälligkeit der vorerst noch in der Zukunft liegenden Einkünfte andauern sollte[24]. Das Motiv der Vorratshaltung versagt allerdings, wenn der Schuldner Restschuldbefreiung nicht rechtzeitig (vgl. § 287 Abs. 1 InsO) beantragte und auch ein Insolvenzplan (gemäß § 218 Abs. 1 Satz 3 InsO noch bis zum Schlußtermin möglich) ausgeschlossen ist (gemäß § 312 Abs. 2 Fall 1 InsO). Gleichwohl ist die bedenkliche Ansicht verbreitet, die Vollstreckungssperre des § 89 Abs. 2 InsO gelte generell[25]. Die Massegläubiger sind ebenfalls durch § 89 InsO eingeengt. Teilweise müssen sie außerdem die Schonfrist des § 90 Abs. 1 InsO abwarten. Wenn die Einkünfte aber noch während laufenden Verfahrens fällig werden und zur Masse fließen, werden sie dem Massegläubiger doch noch zugriffsfähig[26].

4. Grenzüberschreitender Ausgleich

217 Sollte es einem Insolvenzgläubiger trotz laufenden Universalverfahrens (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) gelingen, auswärts Erlös aus einer Zwangsvollstreckung zu ziehen, so muß er diesen Erlös in die Masse abführen (Art. 20 Abs. 1 EuInsVO). Das gilt allerdings nicht, soweit der Gläubiger ohnehin Absonderung hätte verlangen dürften (vgl. Verweis auf Unberührtbleiben dinglicher Rechte gemäß Art. 5 EuInsVO in Art. 20 Abs. 1 EuInsVO).

VII. Geldabwicklung

218 Das Insolvenzverfahren folgt des weiteren dem Grundsatz der Geldabwicklung (Geldliquidation). Es beschränkt sich zwar nicht auf die Befriedigung von Zahlungsansprüchen. Aber wenn es sich nicht um einen Zahlungsanspruch handelt, so muß der Anspruch in einen Zahlungsanspruch umgerechnet werden (§ 45 Satz 1 InsO). Deswegen können nur Forderungen von Vermögenswert Insolvenzforderungen sein (§ 38 InsO)[27]. Nur sie werden im Insolvenzverfahren gebündelt, nur der ihretwegen herrschende (woanders ungleich schwächere) Befriedigungswettlauf unterbrochen. Und nach der Verfügbarkeit von Geldmitteln oder dem in Geldeswert ausgedrückten

22 Zur Ausnahme bei Neuerwerb aus freigegebenem Vermögen siehe unten Rn. 277.
23 BGH, Beschluß vom 18. Mai 2004 – IX ZB 189/03, ZInsO 2004, 739.
24 Siehe auch unten Rn. 1242.
25 *Hess*, in: *Hess*, § 89 InsO, Rn. 51; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 89 InsO, Rn. 20.
26 Siehe auch unten Rn. 1239 f.
27 Siehe auch unten Rn. 257.

Verhältnis von innegehaltenem Vermögen und Schulden zueinander drückt sich die Insolvenz als Eröffnungsgrund aus (§§ 13 bis 19 InsO).

VIII. Beschleunigung

Nicht selten liest man, das Insolvenzverfahren sei Eilverfahren[28], die in ihm anfallenden Entscheidungen eilbedürftig[29]. Vordergründig überrascht dies angesichts der Bedeutung für den Schuldner, dem, ist er natürliche Person, bis auf ein Existenzminimum das gesamte Vermögen aus der Hand gewunden wird und der, ist er Gesellschaft, ganz und gar aufgelöst wird. 219

Das Insolvenzverfahren ist nicht Eilverfahren in dem Sinne der Vorläufigkeit. Es kennt zwar vorläufige Maßnahmen nach einem Eröffnungsantrag zur Sicherung des Zugriffs (§§ 21 ff. InsO), ist aber im ganzen auf Endgültigkeit angelegt. Nach Durchführung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens gibt es keine nochmalige, gegebenenfalls korrigierende Abwicklung aufgrund stärker differenzierter Verfahrensbeiträge. Erst recht gibt es nicht die Möglichkeit einer zweitinstanzlichen neuerlichen Durchführung; allenfalls können im Beschwerdewege (§§ 6, 7 InsO) einzelne Entscheidungen nochmaliger Prüfung unterfallen oder durch Auslagerung in andere Verfahrensarten (§§ 179 ff. InsO) in den je dazu gehörigen Instanzenzug geraten. 220

Ähnlichkeit mit den auf Eile angelegten Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 916 ff. ZPO) und auch mit dem ebenfalls auf Eile angelegten Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) sowie mit dem Urkundenprozeß (§§ 592 ff. ZPO) weist das Insolvenzverfahren allerdings insoweit auf, als es sich mit verhältnismäßig schwacher Erkenntnis zu den im Mittelpunkt stehenden Insolvenzforderungen begnügt. Trotz Amtsermittlung (§ 5 Abs. 1 InsO) genügt es im Grundsatz, eine Forderung bloß anzumelden (§ 174 InsO), damit sie berücksichtigt werde. Die Befassung im Prüfungstermin (§ 176 ff. InsO) ist nur äußerlich. Erst auf Widerstand findet eine genaue Untersuchung statt. Indessen geschieht diese nicht mehr innerhalb, sondern außerhalb des Insolvenzverfahrens (§§ 179 ff. InsO), und nur ihr Resultat fließt in das Insolvenzverfahren zurück (§§ 183, 189, 192 InsO). Inzwischen schreitet das Insolvenzverfahren, insbesondere Verwertung und Ausschüttung, weiter voran, wobei freilich Erlösanteile vorläufig zurückgehalten werden (§ 189 Abs. 2 InsO). Die Unklarheit der einzelnen Forderung hemmt also nicht den Verfahrensfortgang insgesamt, so daß man insoweit dem Verfahren eine gewisse Raschheit nicht absprechen kann. Doch kommt ähnliches auch bei Klagenhäufung im Zivilprozeß vor; hier wird mit Teilurteil bereits erledigt, was entscheidungsreif ist (§ 301 ZPO). Im übrigen dürfen die Organe selbstverständlich das Insolvenzverfahren nicht zum Nachteil von Schuldner oder Gläubiger verschleppen, namentlich funktionstüchtige wirtschaftliche Einheiten innerhalb des insolventen Schuldnervermögens nicht durch Passivität ruinieren. Solche Rücksicht auf Dringlichkeit ist aber prinzipiell (wenngleich oft nicht real) jedem Gerichtsverfahren eigentümlich[30]. Der Gesetzgeber versucht für einzelne Verfahrensschritte, die Balance zwischen dem Interesse an zügiger Erledigung und Gelegenheit zu reiflicher Erwägung mit Hilfe eines Zeitrahmens herzustellen (Terminierungen für Anmeldungen, Berichtstermin und Prüfungstermin nach §§ 28, 29 InsO). Fristversäumnis bewirkt aber nicht notwendig Ausschluß (§§ 177 Abs. 1, 192 InsO). 221

28 OLG Zweibrücken, Beschluß vom 26. Oktober 2000 – 3 W 206/00, ZIP 2000, 2260, 2262. *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 13 InsO, Rn. 68; *Vallender*, Das rechtliche Gehör, in: Kölner Schrift, Rn. 8.

29 *Kirchhof*, Bundesgerichtshof als einziges Rechtsbeschwerdegericht in Insolvenzsachen?, ZInsO 2001, 729: Eilbedürftigkeit der Rechtsbeschwerde; *I. Pape*, Auswirkungen der ZPO-Reform auf das insolvenzrechtliche Beschwerdeverfahren, NZI 2001, 516, 519: Beschlüsse im Insolvenzverfahren als Eilentscheidungen zu treffen.

30 Siehe oben Rn. 17.

IX. Inquisitionsmaxime (Amtsermittlungsgrundsatz)

222 Die tatsächlichen Grundlagen für die im Insolvenzverfahren anfallenden Entscheidungen ermittelt das Insolvenzgericht gemäß § 5 Abs. 1 InsO von Amts wegen. Es herrscht also die Inquisitionsmaxime (Amtsermittlungsgrundsatz, Untersuchungsgrundsatz). Sie setzt bereits ein, wenn sich nach einem Eröffnungsantrag die Frage stellt, ob hinreichender Grund zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners vorliegt (§ 16 InsO) und ob es sich um ein Regelverfahren oder gemäß § 304 InsO ein sogenanntes Kleinverfahren handeln würde.

223 Nicht etwa darf man sich wegen der Verbindung des Zivilprozeßrechts mit dem Insolvenzverfahren in § 4 InsO zur Annahme verleiten lassen, es herrsche im Insolvenzverfahren der Beibringungsgrundsatz (die Verhandlungsmaxime). Daher ist beispielsweise ausgeschlossen, daß der stark verschuldete, aber nicht illiquide Kaufmann dem Insolvenzgericht nur einen Teil seiner Mittel beschreibt, sich auf dieser fiktiven Grundlage als insolvent darstellt und deshalb mit Erfolg ein Insolvenzverfahren veranlaßt, um darauf in den Genuß der Restschuldbefreiung zu gelangen. Gleichwohl ist jedem Betroffenen eigenes Beibringen zu empfehlen, da er nicht sicher sein darf, daß dem Insolvenzgericht nichts entgeht. Vor allem obliegt es jedem Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), sich in Anmeldung und Prüfung (§§ 174 ff. InsO) aktiv für seine Ansprüche einzusetzen, weil er sonst bei der Erlösverteilung keine Berücksichtigung (§§ 187 ff. InsO) findet.

224 In einem gewissen **Spannungsverhältnis** zur Amtsermittlung steht das gelegentlich vom Gesetz aufgestellte Erfordernis, Umstände glaubhaft zu machen. Dies kommt beim Gläubigerantrag vor (§ 14 Abs. 1 InsO) und auch beim Antrag nur einzelner Mitglieder des zur Vertretung berufenen Schuldnerorgans, einzelner persönlich haftender Gesellschafter des Schuldners oder einzelner Abwickler (§ 15 Abs. 2 InsO). Ist der fragliche Umstand noch nicht genügend glaubhaft gemacht und damit ein Gesuch noch nicht zulässig, wird das Insolvenzgericht nicht jede Erkenntnismöglichkeit versuchen, sondern sich nur im Rahmen der bisher von irgendeiner Seite beigebrachten Erkenntnismittel bewegen. Jedoch kann das Insolvenzgericht demjenigen, dem das Glaubhaftmachen obliegt, die Anregung geben, weiteres beizubringen. Es wird nicht sogleich das Gesuch als unzulässig abweisen.

225 Das Gesetz erwähnt nur die **Tatsachenermittlung** durch das Insolvenzgericht eigens grundsätzlich. Doch ist selbstverständlich, daß auch die anderen Organe Tatsachen erkunden. Der Gesetzgeber hat dies nur nicht besonders in den allgemeinen Vorschriften hervorgehoben. Von **erheblicher Bedeutung** ist die **Erfassung der Masse** (§ 35 Abs. 1 InsO) durch den Insolvenzverwalter gemäß §§ 151 bis 154 InsO zwecks Vorbereitung des Berichtstermins (§ 156 InsO)[31].

226 Zur Tatsachenermittlung stehen dem Insolvenzgericht alle Beweismittel des Zivilprozesses zu Gebote (§ 4 InsO). Die Nennung von Zeuge (§§ 373 ff. ZPO) und Sachverständigem (§§ 402 ff. ZPO) in § 5 Abs. 1 Satz 2 InsO ist nur exemplarisch. Dabei ist das Gericht im einzelnen nicht an die Vorschriften der Zivilprozeßordnung zur Durchführung des Beweises gebunden. Es kann nach den Regelungen der Zivilprozeßordnung vorgehen, muß es aber nicht. Außerdem kann es seine Erkenntnis auch auf andere Beweismittel als die für den Zivilprozeß einschlägigen stützen. Denn im Insolvenzverfahren gilt nicht der Grundsatz des Strengbeweises, sondern der des Freibeweises. Im Ergebnis bedeutet das freilich keinen großen Unterschied zum Zivilprozeß, da bei großzügiger Handhabung sich nahezu jede Erkenntnisquelle als Zeugnis, Sachverständigengutachten, Urkunde (§§ 415 ff. ZPO, § 4 InsO), Augenscheinsobjekt (§§ 371 ff. ZPO, § 4 InsO), amtliche Auskunft (§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 4 InsO) oder Parteivernehmung (§ 445 ZPO, § 4 InsO) oder als offenkundig (§ 291 ZPO, § 4 InsO) darstellen läßt[32]. Die Abweichungen betreffen mehr die möglichst unaufwendige Nutzung des Beweismittels. So kann im Insolvenzverfahren zum Beispiel die Bitte an den Zeugen um schriftliche Äußerung an die Stelle seiner förmlichen Vernehmung treten.

31 Siehe unten Rn. 874 ff. (§ 21).

32 Ausführlich zu den gerichtlichen Ermittlungen *Ganter*, in: MünchKomm, § 5 InsO, Rn. 23 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 5 InsO, Rn. 8 ff.

Das Gesetz unterstützt die insolvenzgerichtliche Untersuchung, indem es den **Schuldner zur Mitwirkung anhält**. Bereits im Eröffnungsverfahren schuldet er dem Gericht Auskunft (§ 20 Abs. 1 InsO mit §§ 97, 98, 101 InsO). Mittelbar dient der gerichtlichen Ermittlung die Auskunftspflicht gegenüber einem vorläufigen Verwalter (§ 22 Abs. 3 InsO mit §§ 97, 98, 101 InsO). Auskunft hat der Schuldner auch im eröffneten Verfahren zu gewähren, und zwar sowohl dem Gericht als auch den anderen Organen (§§ 97, 98, 101 InsO). Kommt es zu einem Insolvenzplan (§§ 1 Satz 1, 217 ff. InsO) und wird seine Durchführung vom Verwalter überwacht (§§ 260 Abs. 1, 261 Abs. 1 Satz 1 InsO), so setzt sich die Auskunftspflicht gegenüber dem Verwalter fort (§ 22 Abs. 3 InsO mit § 261 Abs. 1 Satz 3 InsO). Im Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff. InsO) besteht die Auskunftspflicht als Obliegenheit weiter (§ 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Die Auskunftspflicht ist mit Zwang durchsetzbar (§ 98 InsO). Zusätzlichen Anreiz zum Befolgen liefert dem Schuldner die Gefahr, bei Ungehorsam eine Stundung von Verfahrenskosten (§ 4a InsO) zu versäumen (§ 4c Nr. 1, Nr. 5 InsO) oder sogar die Restschuldbefreiung (§ 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Auch die Obliegenheitsverletzung kann den Schuldner die Restschuldbefreiung kosten (§§ 295 Abs. 1 Nr. 3, 296 Abs. 1 Satz 1, 303 Abs. 1 InsO). 227

Zur Erleichterung der Vermögensdurchdringung zählen auch Geschäftsbücher trotz Ausrichtung des Zugriffs (Massebeschreibung in § 35 Abs. 1 InsO) an der Einzelzwangsvollstreckung (§ 36 Abs. 1 InsO) zur Insolvenzmasse (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO; entgegen § 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO). Dies kommt vornehmlich der Verwaltertätigkeit zugute, stärkt aber mittelbar auch die Tatsachenermittlung des Gerichts. 228

X. Rücknahme von Mündlichkeit

Wegen des Generalverweises auf das Zivilprozeßrecht in § 4 InsO müßte eigentlich **jeder** Entscheidung des Insolvenzgerichts eine mündliche Verhandlung voraufgehen (§ 128 Abs. 1 ZPO mit § 4 InsO). Angesichts der Vielzahl von Beteiligten und anstehenden Entscheidungen allerdings würde Mündlichkeit das Insolvenzverfahren unmäßig schwerfällig machen. Daher **entbindet** § 5 Abs. 3 Satz 1 InsO vom Gebot der Mündlichkeit. Das Insolvenzgericht kann seine Entscheidungen nach pflichtgemäßem Ermessen schriftlich oder fernmündlich oder auf andere Weise ohne mündliche Verhandlung vorbereiten. Das schließt die Möglichkeit ein, eine Entscheidung unter mündlicher Beteiligung einiger und nichtmündlicher Beteiligung anderer Betroffener vorzubereiten. Wenn das Insolvenzgericht eine mündliche Verhandlung ansetzt, gelten gemäß § 4 InsO die dazu gehörigen Vorschriften des Zivilprozeßrechts entsprechend; doch auch insoweit enthält § 5 Abs. 3 Satz 2 InsO eine Ausnahme (betreffend Terminsänderung in der Zeit der Sommerurlaube). 229

Ihrer Natur nach mündlich verläuft die Gläubigerversammlung (§§ 74 ff. InsO). Dies ergibt sich jedoch unmittelbar aus der Anlage dieses Organs in der Insolvenzordnung. Nicht erst ergibt sich Mündlichkeit für die Gläubigerversammlung aus entsprechender Anwendung von § 128 Abs. 1 ZPO über § 4 InsO, weil das Insolvenzgericht die Gläubigerversammlung einberuft (§ 74 Abs. 1 Satz 1 InsO) und leitet (§ 76 Abs. 1 InsO) und deshalb die Gläubigerversammlung gerichtlicher Verhandlung gleichzuachten ist. Eine Ausnahme von der Mündlichkeit bildet die Prüfung verspätet angemeldeter Forderungen im schriftlichen Verfahren (§ 177 Abs. 1 Satz 2 InsO). 230

Sogar die mündlichen Gläubigerversammlungen können entfallen, wenn das Gericht gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 InsO (ursprünglich nur für die Kleininsolvenz in § 312 Abs. 2 Satz 1 InsO a.F. vorgesehen) anordnet, daß das gesamte Verfahren oder einzelne seiner Abschnitte schriftlich durchgeführt werden. Die Voraussetzungen sind in § 5 Abs. 2 Satz 1 InsO mit Überschaubarkeit und geringer Gläubigerzahl unglücklich nahe an den Voraussetzungen für das Kleinverfahren überhaupt gemäß § 304 InsO beschrieben. Soll nicht ohne weiteres in jedem Kleinverfahren Schriftlichkeit gelten können, wird man für § 5 Abs. 2 Satz 1 InsO eine besonders gute Überschaubarkeit und eine Gläubigerzahl deutlich unter der Grenze des § 304 Abs. 2 InsO verlan- 231

gen müssen. Auf Kleininsolvenzverfahren ist Schriftlichkeit jedoch nicht beschränkt. Auch ein Regelinsolvenzverfahren schriftlich durchzuführen, erlaubt § 5 Abs. 2 Satz 1 InsO.

232 Ansonsten ist völlige Schriftlichkeit über das ganze Verfahren hinweg oder in einzelnen Teilen gemäß § 128 Abs. 2 ZPO, § 4 InsO bei allseitigem Einvernehmen vorstellbar. Dieses Einvernehmen läßt sich allerdings nur dann herstellen, wenn alle Beteiligten bereits bekannt sind.

XI. Ausbau und Rücknahme von Öffentlichkeit

233 Das Insolvenzverfahren bedarf, weil es sich an eine Vielzahl von Betroffenen wendet, der Publizität. Diese wird durch **Bekanntmachungen** und **Registereinträge** hergestellt (allgemeines in § 9 InsO und Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet; einzelne Regelungen beispielsweise in §§ 30, 31 bis 33 InsO), und zwar auch international (Art. 21, 22, 40 EuInsVO; dazu Art. 102 §§ 5, 6, 11 EGInsO), ferner mit dem Schuldnerverzeichnis (namentlich gemäß § 26 Abs. 2 InsO mit §§ 915 ff. ZPO)[33]. Damit ist Öffentlichkeit der Ergebnisse hergestellt. Diese Öffentlichkeit dient dazu, Betroffene zu erreichen, welche den Organen bisher nicht bekannt sind, aber wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht übergangen werden sollen. Soweit die Betroffenen bekannt sind, hilft Öffentlichkeit zur Verfahrensvereinfachung. Stets muß man sich vor Augen halten, daß die Publizität in prinzipiellem Widerstreit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als Teil des Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 GG[34] liegt. Sowohl der Gesetzgeber als auch die im Einzelfall Bekanntmachung veranlassenden Organe sind zur Güterabwägung aufgefordert.

234 Hingegen ist Öffentlichkeit der Vorgänge bis zur Entscheidungsfindung des Insolvenzgerichts weder als allgemeine Öffentlichkeit (Zutritt für jedermann) noch immerhin als Beteiligtenöffentlichkeit (Zutritt für Schuldner und Gläubiger) vorgesehen. Nicht etwa verlangt (als gemäß § 4 InsO ins Insolvenzverfahren aus dem Zivilprozeßrecht zu übernehmende Regel) § 169 Satz 1 GVG Öffentlichkeit der insolvenzgerichtlichen Tätigkeit. Denn § 169 Satz 1 GVG setzt eine Verhandlung vor dem Gericht voraus. Und diese ist gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 InsO entbehrlich. Damit steht es im **pflichtgemäßen Ermessen** des Gerichts, ob und wie weit es **Öffentlichkeit** herstellt, falls es überhaupt eine mündliche Verhandlung anberaumt[35].

235 Naturgemäß beteiligtenöffentlich ist die Gläubigerversammlung. Die in § 74 Abs. 1 Satz 2 InsO geordnete Teilnahmebefugnis enthält das Recht auf Zutritt zu den Sitzungen. Wie schon in der Frage der Mündlichkeit[36] drängt sich die Einschätzung der Gläubigerversammlung als eine im weiteren Sinne gerichtliche Verhandlung auf, weil die Gläubigerversammlung vom Insolvenzgericht einberufen wird (§ 74 Abs. 1 Satz 1 InsO) und unter ihrer Leitung steht (§ 76 Abs. 1 InsO). Daraus indessen allgemeine Öffentlichkeit der Gläubigerversammlung abzuleiten, wäre verfehlt. Zwar verläuft die Gläubigerversammlung zwingend mündlich. Aber damit ist nicht wie im obligatorisch mündlichen Zivilprozeß nach §§ 169 Satz 1 GVG, 4 InsO zwingend Öffentlichkeit geboten. Vielmehr ist das gegenüber dem Zivilprozeß nähere Vergleichsobjekt das Verfahren beim Insolvenzgericht. Und dort steht Mündlichkeit zur Disposition des Gerichts.

33 Siehe bereits oben Rn. 31. Näheres unten Rn. 479 ff. (§ 11 II).

34 Siehe BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83 u.a., NJW 1984, 419 ff., betreffend Volkszählung.

35 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4 InsO, Rn. 21. Vergleiche auch *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 5 InsO, Rn. 55 f. Uneingeschränkt für Öffentlichkeit, sobald mündliche Verhandlung anberaumt ist, *Ganter*, in: MünchKomm, § 5 InsO, Rn. 72.

36 Siehe zuvor Rn. 229 ff.

Es steht damit im pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzgerichts, ob und wie weit es die allgemeine Öffentlichkeit zur Gläubigerversammlung zuläßt[37].

Ebenfalls nur nach Abwägung des Informationsbedürfnisses der Allgemeinheit an Berichterstattung mit den Persönlichkeitsrechten Beteiligter geben Organe oder Beteiligte **Pressemitteilungen**. Deren Inhalte gehen zuweilen weit über diejenigen gesetzlich vorgesehener Bekanntmachungen hinaus. 236

XII. Gesetzlicher Richter

Wie auch in anderen Gerichtsverfahren darf den Beteiligten nicht der gesetzliche Richter entzogen werden. Das ist diejenige Person, welche nach gesetzlicher Regelung und ordentlicher Geschäftsverteilung von der Zuständigkeit nach §§ 2 f. InsO im Aufbau der ordentlichen Gerichtsbarkeit (nach GVG) über den Geschäftsverteilungsplan (§ 21e GVG) bis zur Aufgabenzuweisung nach dem Rechtspflegergesetz für das Insolvenzverfahren zuständig ist (Art. 101 Abs. 1 GG, § 16 GVG). 237

XIII. Unmittelbarkeit

Ebenfalls wie in anderen Verfahren auch und in enger Tuchfühlung mit dem Prinzip des gesetzlichen Richters steht der Grundsatz der Unmittelbarkeit. Das Insolvenzgericht entscheidet aufgrund selbst wahrgenommener Tatsachen. Ausnahmen bilden auswärtige Beweiserhebungen durch den ersuchten Richter gemäß §§ 355 Abs. 1 Satz 2 Fall 2, 362 ZPO, § 4 InsO (europaweites Ersuchen gemäß europäischer Verordnung über die Zusammenarbeit in Beweisaufnahmen[38]). 238

XIV. Rechtliches Gehör

Literatur: *Vallender*, Das rechtliche Gehör im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift, S. 249 ff.

Wie bereits gesehen, dient das Insolvenzverfahren im Ganzen der Bereitstellung rechtlichen Gehörs zur Erfüllung der Justizgewährpflicht überhaupt[39]. Das Insolvenzverfahren erbringt zwar nur geringe Erkenntnisleistung[40]. Aber es ist auf endgültige Regelung angelegt und in diesem Sinne gerichtliche Aufgabe. Auch die einzelne Entscheidung innerhalb des Verfahrenslaufs unterliegt dem Gehörsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 1 GG, 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Ausgenommen sind lediglich Entscheidungen, die sich (wie z.B. eine Terminsanberaumung) in Verfahrenssteuerung erschöpfen und die Rechtspositionen Beteiligter nicht berühren[41]. Gehört werden muß sowohl der Gläubiger, welcher von der Entscheidung in der Durchsetzung seiner Forderung berührt ist, als auch jeder andere Betroffene. Gehör gewährt das Gericht nicht nur in individueller Kommunikation, sondern auch und gerade im allseitigen Austausch, namentlich auf dem Forum der Gläubigerversammlung (§ 74 InsO) und in der breiten Ansprache durch die zur Rückäußerung einladende öffentliche Bekanntmachung (§ 9 InsO)[42]. 239

37 *Ganter*, in: MünchKomm, § 4 InsO, Rn. 7; vgl. *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 5 InsO, Rn. 57.

38 Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABl. EG 2001, L 174/1.

39 Oben Rn. 15, 18.

40 Näher unten Rn. 250 ff.

41 Allgemein zur Reichweite von Art. 103 Abs. 1 GG *Brockmeyer*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 103 GG, Rn. 5 f.

42 Siehe auch unten Rn. 504 ff.

240 Mißverständlich ist die Regelung in § 10 InsO über Beschränkungen des Gehörs zu Lasten des schwer erreichbaren Schuldners. Sie hinterläßt auf den ersten Blick den Eindruck, als ob Anhörung des Schuldners oder gar Anhörung Betroffener generell nur dann stattzufinden habe, wenn dies ausdrücklich in der Insolvenzordnung vorgesehen sei. Eine solche Beschränkung könnte die Insolvenzordnung als einfaches Gesetz aber gar nicht einrichten. Vorgeschrieben »in diesem Gesetz« ist eine Anhörung Betroffener immer, da der Gehörsgrundsatz als ein Grundrechtssatz immer zum Verfahren gehört. Dies gilt unabhängig davon, ob die anstehende Entscheidung selbst unmittelbar in der Insolvenzordnung geregelt ist oder sich gemäß § 4 InsO nach den Regeln des Zivilprozesses beurteilt. Und die Beschränkungen des Gehörs nach § 10 InsO betreffen alle Anhörungen, auch wenn sie nicht ausdrücklich in der Insolvenzordnung angeordnet sind.[43] Im übrigen ist der in § 10 InsO vorgesehene Verzicht auf das Gehör bei Auslandsaufenthalt oder Unkenntnis vom Aufenthaltsort im Lichte des Verfassungsrangs des Gehörsgrundsatzes zu sehen. Nur wenn ernsthafte Anstrengungen keinen Erfolg erbringen oder versprechen, ist das Gehör entbehrlich.

241 Beispiele für ausdrückliche Anordnung des Gehörs bieten §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 2 Satz 3 InsO (den Schuldner wegen eines Antrages auf Verfahrenseröffnung betreffend) und § 59 Abs. 1 Satz 3 InsO (den Verwalter wegen etwaiger Entlassung betreffend).

XV. Redlichkeit: Fürsorge, Fairneß, Waffengleichheit

242 Wie jedes staatliche Verfahren muß Redlichkeit das Insolvenzverfahren durchziehen. Nicht jede Unkenntnis muß ein Betroffener sich selbst zuschreiben, nicht jedes Versäumnis fällt auf ihn zurück. Die Organe des Verfahrens trifft eine **Fürsorgepflicht**. Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Schuldner eines Rechtsbeistandes bedarf, ist die Fürsorgepflicht des Insolvenzgerichts ausdrücklich erwähnt (§ 4a Abs. 2 Satz 1 InsO). Sie beschränkt sich jedoch weder auf diese Situation noch auch nur auf das Insolvenzgericht. Allerdings ist das Insolvenzgericht als das das Verfahren im Ganzen steuernde Organ in besonderer Weise zur Fürsorge angehalten. Dies zeigt die über § 4 InsO aus dem Zivilprozeß in das Insolvenzverfahren gezogene umfassende Pflicht zu Hinweis, Erörterung und Belehrung gemäß § 139 ZPO.

243 Die Fürsorge gleicht bis zu einem gewissen Grade Kräfteverschiedenheit der Beteiligten aus. Sie dient der Waffengleichheit als einer Chancengleichheit, welche das Insolvenzverfahren als ein staatliches Verfahren aufgrund der Verknüpfung von Rechtsstaatlichkeit und Gleichheitsgrundrecht beherrschen muß[44]. Erfolg im Verfahren soll nicht allein schon aus Unterlegenheit eines anderen Beteiligten herrühren, aus einem Gefälle an Gewandtheit oder aus einer am einzelnen Punkt bestehenden Schwäche. Nichts anderes als diese Waffengleichheit ist gemeint, wenn außerdem aus Verbindung von Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten das Gebot der Fairneß als ein Willkürverbot im Verfahren abgeleitet wird[45]. Es handelt sich nur um eine Verschiebung des Argumentationsschwerpunktes. Die Argumentation zur Waffengleichheit setzt an Art. 3 Abs. 1 GG an, die zur Fairneß gibt neben dem Gleichheitsgrundrecht den Freiheitsgrundrechten, namentlich Art. 2 Abs. 1, 14 GG, eigenes Gewicht.

43 Siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 10 InsO, Rn. 2.

44 Zur Waffengleichheit im Zivilprozeß BVerfG, Beschluß vom 25. Juli 1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131, 151, betreffend Beweislast; BVerfG, Beschluß vom 3. Dezember 1986 – 1 BvR 872/82, BVerfGE 74, 78, 92 ff., betreffend Kostenlast; im Insolvenzverfahren *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 5 InsO, Rn. 15, 34. Waffengleichheit als das rechtspolitische Anliegen bei Schaffung der Regelung zur Beiordnung eines Rechtsanwaltes gemäß § 4a Abs. 2 InsO (Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/5680, S. 21).

45 Zum Fairneßgebot BVerfG, Beschluß vom 24. März 1976 – 2 BvR 804/75, BVerfGE 42, 64, 70 f., 72 f.; BVerfG, Beschluß vom 24. April 1979 – 1 BvR 787/78, BVerfGE 51, 150, 156; BVerfG, Beschluß vom 14. Mai 1985 – 1 BvR 370/84, BVerfGE 69, 381, 386 f.; BVerfG, Beschluß vom 26. April 1988 – 1 BvR 669, 686, 687/87, BVerfGE 78, 123, 126; BVerfG, Beschluß vom 18. Januar 2000 – 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709 f. Für das Insolvenzverfahren *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 5 InsO, Rn. 13 f.

Einige Ausprägungen von Redlichkeit sind 244

- das bereits als eigener Grundsatz behandelte rechtliche Gehör (soweit es sich nicht um den Anspruch gegen das Gericht auf Befassung mit einer vorgebrachten Angelegenheit handelt, sondern um das Recht auf Beteiligung an einem schwebenden Entscheidungsvorgang);
- die erwähnte Pflicht des Gerichts zu Hinweis, Erörterung und Belehrung[46]; namentlich zum Hinweis auf das Restschuldbefreiungsverfahren (§ 20 Abs. 2 InsO) und auf den Fortbestand deliktischer Haftung aus Vorsatz über Restschuldbefreiung hinaus (§ 175 Abs. 2 InsO);
- die Gewährung von Unterstützung durch Stundung und Beiordnung gemäß §§ 4a ff. InsO, damit auch der besonders finanzschwache Schuldner durch das Insolvenzverfahren zur Restschuldbefreiung gelangen kann;
- zumindest bei gewisser Nähe zu den Vorgängen das Weiterleiten falsch adressierter Eingaben[47];
- die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 233 ff. ZPO, § 4 InsO; § 186 InsO);
- Nachholbarkeit von Forderungsanmeldungen (§ 177 InsO) und Forderungsfeststellungen (§§ 177 Abs. 1 Satz 2, 192 InsO).

XVI. Ausrichtung an den Regeln des Zivilprozesses

Die Insolvenzordnung schafft eine in sich schlüssige Folge von Verfahrensabläufen, verzichtet aber in der Regelung der Details auf Vollständigkeit. Nur dort, wo es um eigentümliche Ausbildungen des Insolvenzverfahrens geht, trifft es Regelungen bis ins einzelne. Soweit hingegen der Gesetzgeber die Dinge nicht anders gehandhabt wissen möchte als im Zivilprozeß (die Zwangsvollstreckung inbegriffen), verweist er auf die Regeln des Zivilprozesses. Dieser Verweis findet sich allgemein in § 4 InsO und darüber hinaus an einzelnen Stellen mit besonderer Zielrichtung (so in § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO betreffend Befreiung vom Insolvenzbeschlag und in § 186 Abs. 1 Satz 2 InsO betreffend Wiedereinsetzung nach dem Prüfungstermin). Der generelle Verweis in § 4 InsO zielt nur seinem Wortlaut nach allein auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung; gemeint ist sämtliches Regelwerk zum Zivilprozeß, insbesondere auch das im Gerichtsverfassungsgesetz und im Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung enthaltene sowie die gesamte Lehre jenseits des Wortlauts der Gesetze. 245

Entsprechende Anwendung der Regeln des Zivilprozesses fordert behutsame Übersetzung der Tatbestandsmerkmale. Manches wird sich gar nicht vom Zivilprozeß auf das Insolvenzverfahren übertragen lassen. Gelegentlich schließt der Gesetzgeber die Übertragung sogar ausdrücklich aus (so in §§ 5 Abs. 3 Satz 2, 36 Abs. 2 InsO). 246

Bevor man Lösungen aus dem Zivilprozeßrecht zu gewinnen sucht, muß man allerdings sorgsam erwägen, ob nicht – notfalls sehr weitherzige – Auslegung der Insolvenzordnung oder Analogie innerhalb der Insolvenzordnung zu einem vernünftigen Ergebnis führt[48]. 247

XVII. Herrschaft der Verfahrensziele

Nicht Verfahrensgrundsätze, sondern Verfahrensziele[49] oder Grenzen für die Verfolgung der Verfahrensziele sind 248

- Gläubigerbefriedigung: § 1 Satz 1 Fall 1 InsO.
- Marktbereinigung: Der wirtschaftlich gescheiterte Schuldner scheidet vorerst aus dem Markt aus (§ 80 Abs. 1 InsO). Besonders scharf trifft dies andere Schuldner als natürliche Personen; beispielsweise löst Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 GmbHG).

46 Zuvor Rn. 242.
47 Siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 2 InsO, Rn. 23, § 3 InsO, Rn. 50.
48 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4 InsO, Rn. 4 ff.
49 Siehe oben Rn. 129 ff. (§ 4 I.).

- Gewährleistung einer materiellen Basis für die Fortexistenz natürlicher Personen: Der Insolvenzbeschlag erfaßt nicht das in der Einzelvollstreckung Pfändungsfreie (§ 36 Abs. 1 InsO) und nimmt auf dieser Grundlage weiter am wirtschaftlichen Geschehen teil. Der Schuldner empfängt, sofern er nicht über hinreichende beschlagfreie Einkünfte verfügt, für sich und seine Angehörigen Unterhalt aus der Masse (§ 100 InsO).
- Entschuldung und Wiedereingliederung in den Markt: Der Marktaustritt muß nicht für immer sein. § 1 Satz 1 Fall 2 InsO stellt neben die Vermögenszerschlagung nach dem Gesetz den Insolvenzplan zur Wahl und regt dabei besonders die Sanierung an. Die natürliche Person kann nach einiger Zeit ihre Schulden – nur – gegenüber den Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) abstreifen (§§ 1 Satz 2, 301 Abs. 1 InsO), was in der Literatur euphemistisch gern als *fresh start* bezeichnet wird.

249 Wegen ihrer Herrschaft im Insolvenzverfahren lassen sich diese Gesichtspunkte aber auch zu den Verfahrensgrundsätzen insoweit rechnen[50], als jede Entscheidung im Verfahren sich an ihnen messen lassen muß.

XVIII. Insolvenzverfahren als streitige oder als freiwillige Gerichtsbarkeit?

Literatur: *Habscheid*, Rechtsgestaltung im Insolvenzverfahren, KTS 1999, 59 ff.

250 Wer eine Einordnung des Insolvenzverfahrens in das System der gerichtlichen Verfahren versucht, wird geneigt sein, es der streitigen Gerichtsbarkeit zuzurechnen. Dazu führt vor allem der Umstand, daß das Insolvenzverfahren der Anspruchsverwirklichung dient, welche auch im Mittelpunkt des Zivilprozesses, des streitigen Verfahrens schlechthin, liegt. Weiter legt die breite Anwendung von Zivilprozeßrecht Zuordnung des Insolvenzverfahrens zur streitigen Gerichtsbarkeit nahe.

251 Auf der andern Seite darf man nicht übersehen, daß das Insolvenzverfahren genau das nicht oder nur höchst oberflächlich leistet, was die Parteien sich vom Zivilprozeß versprechen können: Erkenntnis des den Streit klärenden Rechts[51]. Die Prüfung der angemeldeten Forderungen ist nur eine oberflächliche (§§ 176 ff. InsO), und etwa entstehende Meinungsverschiedenheit wird außerhalb des Insolvenzverfahrens ausgetragen (§§ 179 ff. InsO). Das Insolvenzverfahren ist insgesamt mehr **auf Ausführung** als auf deren Vorbereitung, mehr auf Administration als auf Erkennen angelegt. Das hat es mit der Einzelzwangsvollstreckung (§§ 704 ff. ZPO[52]), aber auch mit dem Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) gemein. Es ist nicht Erkenntnis-, sondern Vollstreckungsverfahren[53]. Das Insolvenzverfahren kann danach der streitigen Gerichtsbarkeit nur zuordnen, wer auch Zwangsvollstreckung und Mahnverfahren für streitige Gerichtsbarkeit hält. Das aber ist mindestens zweifelhaft. Vorsichtige Stimmen sehen deshalb das Insolvenzverfahren noch im »großen Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit«, betonen dabei aber, daß es innerhalb dessen dem Vollstreckungsverfahren näher steht[54]. Schon der Verfasser des Entwurfs zur Konkursordnung sah den Konkurs auf Distanz zum älteren gemeinrechtlichen Konkursprozeß. Er erblickte im Konkurs vielmehr ein Verfahren ohne Rechtsstreit, gerichtet auf bloße Exekution, ähnlich der Liquidation eines kaufmännischen Unternehmens[55]. Ein weiterer Grund für Zuordnung des Insolvenzverfahrens zur freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Amt-

50 So *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 5 InsO, Rn. 83 ff. zur Restschuldbefreiung.

51 Das betonen auch *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 32.

52 Dort nur noch äußerliche Prüfung gemäß §§ 724 ff. ZPO. Erkenntnis ist in Herstellung des Titels vorgelagert (§§ 704, 794 ZPO) oder wird in getrennte Verfahren ausgelagert (zum Beispiel §§ 767, 771 ZPO).

53 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 1 InsO, Rn. 2.

54 So *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, Einleitung, Rn. 2, § 5 InsO, Rn. 4. Zurückhaltend auch *Zimmermann*, S. 3.

55 Siehe Begründung des Entwurfs zur Konkursordnung, *Hahn* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4. Materialien zur Konkursordnung, 1881 (Nachdruck 1983), S. 9 f. (Nachdruck S. 40 f.). Siehe zur Abwendung des Konkurses vom Prozeß auch *Smid*, Grundzüge, § 1.V.2.a; *Wagner*, § 1 InsO, Rn. 3.

sermittlung nach § 5 Abs. 1 InsO, welche in § 26 FamFG ebenso erscheint. Ferner zeigen §§ 29 Abs. 2, 76 Abs. 1 FamFG, daß auch freiwillige Gerichtsbarkeit auf Zivilprozeßrecht zurückgreift. Besonders weit entfernt vom Erkenntnisverfahren ist die moderierende, Selbstregulierung durch die Betroffenen begleitende Tätigkeit des Insolvenzgerichts bei Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO) und Schuldenbereinigungsplan (§§ 305 ff. InsO). Der gestaltende Akt einer Zustimmungsersetzung (§ 309 InsO) hat Verwandtschaft mit den bis zur Jahresmitte 2007 zur freiwilligen Gerichtsbarkeit zählenden Gestaltungen in Wohnungseigentumsgemeinschaften nach § 43 Abs. 1 WEG a.F. Insgesamt steht damit das Insolvenzverfahren mehr auf seiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit[56].

Die Zuordnung des Insolvenzverfahrens wird in den meisten Fragen des Insolvenzverfahrens unerheblich sein. Selten dürfte die Auslegung einer Vorschrift gerade von der Einschätzung des Verfahrens als freiwillige oder als streitige Gerichtsbarkeit abhängen. Immerhin kann die Zuordnung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzgebotes aus Art. 19 Abs. 4 GG Probleme aufwerfen. Administrative Maßnahmen müssen gerichtlich überprüfbar sein, gleichviel ob von einer Behörde oder von einem Gericht getroffen[57]. Eine Ausnahme von der gerichtlichen Überprüfbarkeit aller staatlicher Entscheidung macht nur die von einem Richter getroffene Entscheidung. Das rechtsstaatliche Gebot umfassenden und effektiven Rechtsschutzes soll mindestens einmalige richterliche Befassung sicherstellen. Wo bereits ein Richter handelte, ist dieses Gebot erfüllt. Ansonsten müßte es im Erkenntnisverfahren einen unendlichen Instanzenzug geben. Handeln des Rechtspflegers freilich bleibt dem Rechtsschutzgebot unterworfen[58]. Insolvenzangelegenheiten sind in weitem Umfang dem Rechtspfleger überantwortet (siehe §§ 3 Nr. 2 Buchstabe e, 18 RPflG). Deswegen ist die in § 6 Abs. 1 InsO getroffene Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit auf besonders erwähnte Fälle trotz der an sich wünschenswerten Folge zügiger Abwicklung sehr bedenklich, soweit hiernach die Beschwerde gegen Rechtspflegerentscheidungen (§ 11 Abs. 1 RPflG) unstatthaft ist und außerdem die Erinnerung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG) eigens ausgeschlossen (§ 11 Abs. 3 Satz 2 am Ende RPflG; betreffend Stimmrechtsfeststellung nach §§ 77 Abs. 2, 237 Abs. 1 Satz 1, 238 Abs. 1 Satz 3 InsO). Weiterer Problempunkt ist das Spruchrichterprivileg in der Amtshaftung nach § 839 Abs. 2 BGB[59]. 252

56 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 1 InsO, Rn. 3; § 2 InsO, Rn. 8; § 5 InsO, Rn. 1; *Habscheid*, KTS 1999, 59 ff.; *Smid*, Grundzüge, § 1.V.3; *Smid*, in: *Smid*, Kommentar, § 2 InsO, Rn. 2, § 4 InsO, Rn. 2 ff.; § 7 InsO, Rn. 5; *Wagner*, § 1 InsO, Rn. 3 f.

57 BVerfG, Beschluß vom 18. Januar 2000 – 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709, 1710, zu nachlaßgerichtlicher Bearbeitung von Erbscheinsangelegenheiten.

58 BVerfG, NJW 2000, 1709, 1710.

59 Siehe unten Rn. 350.

§ 7 Am Insolvenzverfahren Beteiligte und Organe mit ihren Aufgaben

Literatur: *Adam*, Insolvenzrecht und Grundgesetz, DZWIR 2009, 441 ff.; *Ahrens*, Rechte und Pflichten ausländischer Insolvenzverwalter im internationalen Insolvenzrecht, 2002; *Ampferl*, Der »starke« vorläufige Insolvenzverwalter in der Unternehmensinsolvenz, 2002; *Bartholomäus*, Der GmbH-Gesellschafter in der Insolvenz, 2009; *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007; *Becker*, Ausführung der Reform des Insolvenzrechts durch die Länder, KTS 2000, 157 ff.; *Biehl*, Insider im Insolvenzverfahren, 2000; *Biermann*, Die strafrechtlichen Risiken der Tätigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, 2008; *Binz/Hess*, Der Insolvenzverwalter. Rechtsstellung, Aufgaben, Haftung, 2004; *Birkenhauer*, Probleme der Nichtteilnahme am und im Insolvenzverfahren, 2002; *Bork*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – ein hohes Gut, ZIP 2006, 58 ff.; *Brand*, Der Insolvenzverwalter als Amtsträger und Täter der §§ 331, 332 StGB, DZWIR 2008, 318 ff.; *Brand/Sperling*, Strafbarkeitsrisiken im Gläubigerausschuss, KTS 2009, 355 ff.; *Braun*, Die Abwahl des zunächst bestellten Insolvenzverwalters in der InsO, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 463 ff.; *von Bühren*, Die Berufshaftpflichtversicherung des Insolvenzverwalters, NZI 2003, 465 ff.; *Burger/Franke*, Richter und Rechtspfleger im Insolvenzverfahren, NZI 2001, 403 ff.; *Busch*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem »Detmolder Modell«, DZWIR 2004, 353 ff.; *Cranshaw*, Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Kommunen, 2007; *Deckenbrock/Fleckner*, Verschwiegenheitspflicht des Insolvenzverwalters?, ZIP 2005, 2290 ff.; *Dickow/Iraschko-Luscher*, Die Haftung des Insolvenzverwalters, InVo 2004, 37 ff.; *Ehricke*, Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO, WM 2005, 397 ff.; *Eicke*, Informationspflichten der Mitglieder des Gläubigerausschusses, ZInsO 2006, 798 ff.; *Fischer*, Die Haftung des Insolvenzverwalters nach neuem Recht, WM 2004, 2185 ff.; *Förster*, Insolvenzrecht für Insolvenzgläubiger?, ZInsO 2003, 917 ff.; *Frege*, Der Sonderinsolvenzverwalter, 2008; *Frind*, Die Öffentlichkeitsarbeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters – Nutzen, Gefahren, Grenzen, NZI 2005, 654 ff.; *Frind*, Der Einfluss von Gläubigern bei der Auswahl des und der Aufsicht über den Insolvenzverwalter, ZInsO 2007, 643 ff.; *Frind/A. Schmidt*, Insolvenzverwalterbestellung: Auswahlkriterien und Grenzen der Justiziabilität in der Praxis, NZI 2004, 533 ff.; *Fürst*, Prüfungs- und Überwachungspflichten im Insolvenzverfahren, DZWIR 2006, 499 ff.; *Geitner*, Der Erbe in der Insolvenz, 2007; *Gerloff*, Funktionen und Aufgaben des Insolvenzgerichts, 2008; *Göcke*, Wechselwirkungen bei der Insolvenz von Gesellschaft, Gesellschafter und Organverwalter, 2009; *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, 2002; *Graeber*, Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters – Berücksichtigung von Aus- und Absonderungsrechten, NZI 2001, 184 ff.; *Graeber*, Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsfeld zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit, NZI 2003, 569 ff.; *Graeber*, Die Vorauswahl der Insolvenzverwalterkandidaten, NJW 2004, 2715 ff.; *Graeber/Pape*, Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren, ZIP 2007, 991 ff.; *Griese*, Beteiligung des Betriebsrats im Insolvenzeröffnungsverfahren, nach Verfahrenseröffnung und im Insolvenzplanverfahren, in: Kölner Schrift, S. 1513 ff.; *Grub*, Die Stellung des Schuldners im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift, S. 671 ff.; *Gulde*, Die Anordnung der Eigenverwaltung durch das Gericht im Eröffnungsbeschluß, 2004; *Gundlach*, Die Regelung des § 12 Abs. 2 InsO, DZWIR 2000, 368 f.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten, NZI 2001, 350 ff.; *Gutsche*, Die Organkompetenzen im Insolvenzverfahren, 2003; *Haarmeyer*, Zur Feststellung der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des Insolvenzverwalters im Planverfahren, ZInsO 2000, 241 ff.; *Haarmeyer*, Strukturmerkmale der Vergütung im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift, S. 483 ff.; *Harlfinger*, Der Freiberufler in der Insolvenz, 2005; *Hauptmann/Müller-Dott*, Pflichten und Haftungsrisiken der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften in der Insolvenz, BB 2003, 2521 ff.; *Henckel*, Die letzten Vorrechte im Insolvenzverfahren, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 19 ff.; *Henssler*, Die verfahrensrechtlichen Pflichten des Geschäftsführers im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH und der GmbH und Co. KG, in: Kölner Schrift, S. 1283 ff.; *Henze/Bauer*, Pflichtenstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers im früheren und

gegenwärtigen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift, S. 1311 ff.; *Hess/Obermüller*, Die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten nach der Insolvenzordnung, 1996; *Hess/Obermüller*, Die Insolvenzverwalterbestellung – Grundrechtsrelevanz, Grundrechtsdefizite und Rechtsschutz, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 453 ff.; *Hess/Ruppe*, Auswahl und Einsetzung des Insolvenzverwalters und die Justiziabilität des Nichtzugangs zur Insolvenzverwaltertätigkeit, NZI 2004, 641 ff.; *Heukamp*, Die gläubigerfreie Gläubigerversammlung, ZInsO 2007, 57 ff.; *Hill*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZInsO 2005, 1289 ff.; *Höfling*, Insolvenzverwalterbestellung – Rechtsschutz durch Konkurrentenklage?, NJW 2005, 2341 ff.; *Hofmann*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, 2006; *Holzer*, Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren. Zusammenarbeit zwischen Richter, Rechtspfleger und Insolvenzverwalter, 3. Aufl., 2004; *Holzer/Kleine-Cosack/Prütting*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, 2001; *Hopfe*, Der gemeinsame Betrieb in der Insolvenz eines beteiligten Unternehmens, 2007; *Hortig*, Kooperation von Insolvenzverwaltern, 2008; *Hügel*, Die Eigenverwaltung als Modell zur Erhöhung der Insolvenzmasse, 2007; *Huff*, Die Öffentlichkeitsarbeit des Insolvenzverwalters – eine Erwiderung, NZI 2005, 551 ff.; *Huntemann/Brockdorff* (Hrsg.), Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, 1999; *Kathke*, Handlungsziele und Gestaltungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters im neuen Insolvenzrecht, 2000; *Keller*, Die Vergütung des Insolvenzverwalters bei Unternehmensfortführung, DZWIR 2009, 231 ff.; *Kesseler*, Rechtsschutz des »übergangenen« Insolvenzverwalters, ZIP 2000, 1565 ff.; *Kirchhof*, Die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO gegenüber den Absonderungsberechtigten, 2004; *Klockenbrück*, Die Gläubigerstellung unter dem Einfluss der EuInsVO und des deutschen internationalen Insolvenzrechts, 2008; *Koch*, Die Insolvenz des selbständigen Rechtsanwalts, 2008; *Köster*, Freier Zugang zur Tätigkeit des Verwalters?, NZI 2004, 538 ff.; *Kruse*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz mit ihren gesellschaftsrechtlichen Bezügen, 2004; *Kruth*, Die Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, 2006; *Leibner*, Die Haftung nach § 60 InsO: Stand und Entwicklungsperspektiven, KTS 2005, 75 ff.; *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht. Eine Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit der InsO und der Einwirkung verfassungsrechtlicher Wertungen auf die Anwendung dieses Gesetzes, 2002; *Lüke*, Zur Haftung des Insolvenzverwalters im Planverfahren, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 519 ff.; *Lüke*, Verwalterbestellung im grundrechtsfreien Raum?, ZIP 2000, 1574 f.; *Maus*, Die steuerrechtliche Haftung des Insolvenzverwalters, ZInsO 2003, 965 ff.; *Meßink*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft in der Insolvenz, 2007; *Meyer/Schulteis*, Die Haftung des Insolvenzverwalters gemäß §§ 60, 61 InsO bei der Fortführung von Unternehmen, DZWIR 2004, 319 ff.; *Meyer-Löwy/Poertzgen*, Schranken und Beschränkbarkeit der Insolvenzverwalterhaftung aus §§ 60, 61 InsO, ZInsO 2004, 363 ff.; *Michele*, Der Rechtsanwalt als Insolvenzverwalter – freiberufliche anwaltliche Tätigkeit gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG?, 2005; *Mönning*, Die Auswahl des Verwalters als Problem der Qualitätssicherung, in: Kölner Schrift, S. 375 ff.; *H.-F. Müller*, Der Verband in der Insolvenz, 2002; *W. Müller*, Der »Verbraucher« in der neuen Insolvenzordnung, NZI 1999, 172 ff.; *Naumann*, Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter, in: Kölner Schrift, S. 431 ff.; *Neuenhahn/Wallner*, Ein Zwischenbericht zur Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters zwischen Fortführungs- und Einstandspflicht, NZI 2004, 63 ff.; *Neuwert*, Auswahl der (vorläufigen) Insolvenzverwalter/verwalterinnen durch das Gericht, ZInsO 2002, 309 ff.; *Niederste Frielinghaus*, Das Tabu der kommunalen Insolvenz, DÖV 2008, 991 ff.; *Ott/Brauckmann*, Zuständigkeitsgerangel zwischen Gesellschaftsorganen und Insolvenzverwalter in der börsennotierten Aktiengesellschaft, ZIP 2004, 2117 ff.; *Pannen/Riedemann/Kühnle*, Zur Stellung der Insolvenzgläubiger nach der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO), NZI 2002, 303 ff.; *G. Pape*, Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Mindestsätze der Insolvenzrechtlichen Vergütungsordnung seit dem 01.01.2004, NJW 2004, 1282 ff.; *G. Pape*, Gläubigerbeteiligung im Insolvenzverfahren, 2000; *G. Pape*, Das Risiko der persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters aus § 61 InsO, ZInsO 2003, 1061 ff.; *G. Pape*, Ungeschriebene Kompetenzen der Gläubigerversammlung versus Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters, NZI 2006, 65 ff.; *Paulus*, Die Rolle der Gläubiger im neuen Insolvenzrecht, DZWIR 1999, 53 ff.; *Paulus*, Überlegungen zur Insolvenzfähigkeit von Gemeinden, ZInsO 2003, 869 ff.; *Pohlmann*, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998; *Prütting*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, ZIP 2002, 1965 ff.; *Rezbach*, Die Parallelität von Massehaftung und persönlicher Verwalterhaftung bei Versagen des Insolvenzverwalters, 2009; *Rieble/Kolbe*, Konzernmitbestimmung in der Insolvenz, KTS 2009, 281 ff.; *Riggert*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters gegenüber den Gläubigern, NZI 2002,

352 ff.; *Römermann*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, NJW 2002, 3729 ff.; *Römermann*, Die Zukunft der Insolvenzverwalterbestellung, ZInsO 2004, 937 ff.; *Rossbach*, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, 2006; *Roth/Knof*, Die Stiftung in Krise und Insolvenz, KTS 2009, 163 ff.; *Samson*, Untreue durch den Insolvenzverwalter?, in: Festschrift Braun, 2007, S. 487 ff.; *Schäfer*, Der Sonderinsolvenzverwalter, 2009; *Schildt*, Die Insolvenz des Freiberuflers, 2006; *Schilling*, Insolvenz einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2006; *K. Schmidt/Uhlenbruck* (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., 2009; *Schulz*, Treuepflichten unter Insolvenzgläubigern, 2003; *Singer*, Insolvenzrechtsfähigkeit der Vor-GmbH, StuB 2004, 382 ff.; *Smid*, Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters als Rechtsfrage betrachtet, DZWIR 2001, 485 ff.; *Smid*, Die Haftung des Insolvenzverwalters in der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 453 ff.; *Staak*, Der deutsche Insolvenzverwalter im europäischen Insolvenzrecht, 2004; *Stehle*, Die Stellung des Vollstreckungsgläubigers bei grenzüberschreitenden Insolvenzen in der EU. Dargestellt am Beispiel England – Deutschland, 2006; *Thimme*, Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter wegen Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten im Prozess, MDR 2006, 1381 ff.; *Uhlenbruck*, Das Bild des Insolvenzverwalters, in: KTS 1998, 1 ff.; *Uhlenbruck*, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002, 401 ff.; *Uhlenbruck*, Ausgewählte Pflichten und Befugnisse des Gläubigerausschusses in der Insolvenz, ZIP 2002, 1373 ff.; *Uhlenbruck*, Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, in: Kölner Schrift, S. 325 ff.; Verhaltenskodex der Mitglieder des Arbeitskreises der Insolvenzverwalter Deutschland e.V., DZWIR, 2002, 102; Vallender, Aufgaben und Befugnisse des deutschen Insolvenzrichters in Verfahren nach der EuInsVO, KTS 2005, 283 ff.; *Vallender*, Rechtsschutz gegen die Bestellung eines Konkurrenten zum Insolvenzverwalter, NJW 2006, 2597 ff.; *Vallens/Dammann*, Die Problematik der Behandlung von Konzerninsolvenzen nach der EuInsVO, NZI 2006, 29 ff.; *Vortmann*, Die Haftung von Mitgliedern eines Gläubigerausschusses, ZInsO 2006, 310 ff.; *Wagenknecht-Hose*, Vertragliche und umsatzsteuerliche Neuverbindlichkeiten des Schuldners in der Insolvenz, 2008; *Walterscheid*, Die englische Limited im Insolvenzverfahren, DZWIR 2006, 95 ff.; *Wehdeking*, Masseverwaltung durch den insolventen Schuldner, 2005; *Wehdeking*, Eigenverwaltung in der insolventen Aktiengesellschaft, DZWIR 2006, 451 ff.; *Wellensiek*, Die Aufgaben des Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 403 ff.; *Wieland*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters, ZIP 2007, 462 ff.; *Werres*, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, 2007; *Wundenberg*, Der veruntreuende Insolvenzverwalter. Haftung und Vergütung, 2007; *Zimmer*, Haftung des eingewechselten Insolvenzverwalters, 2008.

I. Beteiligte und Organe

253 Wie jedes Gerichtsverfahren hat auch das Insolvenzverfahren Beteiligte und Organe. Doch sind diese Rollen nicht scharf gegeneinander abgegrenzt. Der Schuldner ist als solcher Beteiligter, kann aber auch zum Eigenverwalter berufen werden und auf diese Weise ein Organ sein (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO; Ausnahme im Kleinverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Fall 2 InsO). Die Insolvenzgläubiger sind als solche je für sich Beteiligte, bilden aber in ihrer Gesamtheit (mit weiteren Personen) die Gläubigerversammlung als ein Organ (§ 74 Abs. 1 InsO). Die Beteiligten und Organe mit ihren Befugnissen und Pflichten beschreibt die Insolvenzordnung nicht gebündelt, sondern verstreut.

II. Beteiligte

254 Den Kreis der am Insolvenzverfahren Beteiligten kann man eng oder weit ziehen. Dies hängt vom Regelungszusammenhang ab. Fragt man anhand von § 1 InsO nach dem Inhaber des abzuwickelnden Vermögens und denjenigen, welchen die Abwicklung gleichmäßig zugute kommen soll, so sind nur der Schuldner und die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO; siehe auch §§ 325, 332 Abs. 1 und Abs. 2, InsO) anzuführen. In einem weiten Sinne sind auch andere Personen beteiligt, sobald sie sich mit den Wir-

kungen des Insolvenzverfahrens auseinandersetzen müssen. Das ist beispielsweise bei dem Lieferanten der Fall, der bei Insolvenz des Empfängers an Rückforderung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware denkt, das heißt an Aussonderung gemäß § 47 InsO. Auch ist die Menge der durch die Schadensersatzhaftung des Verwalters (§ 60 InsO) Geschützten sehr weit (mit Streitpotential an den Rändern) zu verstehen.

1. Beteiligte im engen Sinne

Die Rollen von Schuldner und Insolvenzgläubigern sind nur aufeinander bezogen beschreibbar. Schuldner im Sinne des Insolvenzverfahrensrechts, Gemeinschuldner also, ist, wer den Insolvenzforderungen ausgesetzt ist. Es geht nicht um Leistungspflichtigkeit schlechthin, sondern um Verpflichtung auf Geldzahlung oder auf geldeswerte Leistung, spiegelbildlich zur Beschreibung der Insolvenzgläubigerschaft in § 38 InsO. Insolvenzgläubiger ist nämlich nach dieser Vorschrift nicht jeder Gläubiger, sondern eben nur der Inhaber eines Vermögensanspruches. Die nicht unmittelbar in Geld ausgedrückte Forderung wird in Geld berechnet (§ 45 Satz 1 InsO). In vielen Fällen kommt aber nach den Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff., 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO)[1] statt der geldlichen Abwicklung über die Tabelle der Insolvenzgläubiger eine bevorzugte Abwicklung nach dem ursprünglichen Leistungsprogramm als Masseschuld in Betracht. 255

Stets muß es sich um einen **persönlichen Anspruch** handeln. Dingliche, aus zumindest teilweiser Herrschaft über einen bestimmten Gegenstand herrührende Ansprüche begründen nicht die Stellung als Insolvenzgläubiger, sondern als Aussonderungsberechtigter (§§ 47 f. InsO) oder als Absonderungsberechtigter (§§ 49 ff. InsO). Soweit Absonderungsberechtigte aus der Verwertung Erlös empfangen (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO), ist das nur Rücksichtnahme auf ihre besondere, gegenüber den Insolvenzgläubigern vorrangige Berechtigung an dem verwerteten Gut, nicht Zweck des Verfahrens. Der Herrschaftsanspruch muß nicht notwendig ein sachenrechtlicher sein. Ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe (im weitesten Sinne) oder auf Behalten genügt. § 47 Satz 1 Fall 2 InsO spricht ausdrücklich auch den persönlichen Anspruch als Aussonderungsrecht an. Mit dieser Wortwahl wäre eigentlich der Aussonderungsgläubiger zugleich Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO. Indessen wird man Insolvenzgläubiger und Absonderungsgläubiger voneinander mit der wertenden Betrachtung zu unterscheiden haben, ob sie die Verwertung eines gewissen Objektes zugunsten aller Insolvenzgläubiger hinzunehmen haben oder nicht. Beispielsweise kann der Vermieter nach Mietende das Mietobjekt gemäß § 546 Abs. 1 BGB in der Insolvenz des Mieters mit Herausgabeverlangen aussondern (im Unterschied zur Absonderung von eingebrachtem Gut des insolventen Mieters aufgrund des Vermieterpfandrechts nach §§ 562 Abs. 1 BGB, 50 Abs. 1 Fall 3 InsO); desgleichen ist der Sicherungsgeber nach Erledigung des Sicherungszwecks in der Insolvenz des Sicherungsnehmers mit seinem Verlangen nach Rückübereignung des Sicherungsgegenstandes Aussonderungsgläubiger (§ 47 InsO) und nicht Insolvenzgläubiger. Der Kaufmann ist mit seinem Zurückbehaltungsrecht aus § 369 HGB gegenüber dem insolventen anderen Kaufmann Absonderungsgläubiger (§ 51 Nr. 3 InsO). Aus der Stellung eines Insolvenzgläubigers hebt also derjenige Anspruch heraus, welcher damit zusammenhängt, daß der Gegenstand schon vor Erfüllung nach den Regeln des 256

1 Siehe unten § 25.

Sachenrechts oder auf andere Weise (als sonstiges Innehaben eines Rechts; in einigen Fällen als sicherndes Zurückbehaltungsrecht) in bezug auf seine Verwertungsfähigkeit stärker dem Vermögen des Gläubigers als dem Vermögen des Gemeinschuldners, der Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO), zugeordnet ist. Deswegen ist der Käufer mit seinem Lieferanspruch (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) nur Insolvenzgläubiger und nicht Aussonderungsgläubiger; denn die Kaufsache ist insgesamt trotz der Lieferpflicht noch stärker dem Verkäufer zugeordnet.[2]

257 Zu den zwar persönlichen, aber **nicht in Geld abgeltungsfähigen** und deswegen keine Stellung als Insolvenzgläubiger begründenden Ansprüchen zählen höchstpersönliche Ansprüche, Unterlassungsansprüche, Beseitigungsansprüche, Widerrufsansprüche, Ansprüche auf unvertretbare Handlungen im Sinne von § 888 ZPO, Auskunftsansprüche (wenn es nicht um gehandeltes Wissen geht, etwa um Gewährung der gemäß § 453 Abs. 1 Fall 2 BGB gekauften Information) und Ansprüche auf Rechnungslegung (im Sinne von § 259 BGB)[3]. Unterhaltsberechtigte sind in der Regel aus dem Kreis der Insolvenzgläubiger ausgeschlossen (§ 40 Satz 1 InsO); statt dessen genießen sie mittelbar die Beschlagfreiheit von Teilen des Neuerwerbs (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO) oder empfangen Unterstützung aus der Masse gemäß § 100 InsO und sind von Beschränkungen der Zwangsvollstreckung, die über die Insolvenzgläubiger hinausgreifen (§ 89 Abs. 2 Satz 1 InsO), ausgenommen (§ 89 Abs. 2 Satz 2 Fall 1 InsO)[4].

258 Zu bedenken ist aber, daß mancher Anspruch, der keine Stellung als Insolvenzgläubiger vermittelt, in eine Insolvenzforderung umschlagen kann. Insbesondere ist an Ansprüche auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung (§§ 280 ff. BGB) zu denken.

259 Die **Zahl der Gläubiger** spielt für die Definitionen keine Rolle. Auch ein einziger Gläubiger kann Insolvenzgläubiger sein und dementsprechend der ihm Verpflichtete Gemeinschuldner. In der Praxis kommt dieser Fall nicht selten vor. Zumeist ist das Finanzamt der einzige Gläubiger. Ein Eigenantrag auf ein Insolvenzverfahren mit nur einem Gläubiger hat allerdings nur dann Rechtsschutzbedürfnis, wenn er von einer natürlichen Person als Schuldner stammt und diese den gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO) und im Mißerfolgsfalle die Restschuldbefreiung (§§ 287 ff. InsO) anstrebt[5].

260 Der in Geld meßbare Anspruch muß gemäß § 38 InsO bei Verfahrenseröffnung bereits begründet sein. Später begründete Ansprüche treffen den Schuldner nicht als Gemeinschuldner und machen den Gläubiger nicht zum Insolvenzgläubiger, sondern zum Massegläubiger (§ 53 InsO) oder zum Neugläubiger (nicht in der InsO geregelt). Abweichend von diesem Grundsatz stuft das Gesetz aber verschiedentlich aus bestehenden Schuldverhältnissen nach Eröffnung hervorgehende neue Forderungen ebenfalls als Insolvenzforderungen ein (z.B. § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO). Und umgekehrt erhebt es zuweilen eine Insolvenzforderung in den Rang einer Masseforderung (z.B. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Von der Frage nach dem Zeitpunkt der Forderungsbegründung ist die Frage nach einem Forderungsübergang zu trennen. Gewillkürte oder gesetzliche Nachfolge in die Forderungsinhaberschaft ist nach Konkurseröffnung nicht minder möglich als davor. Daher kann man auch noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Wege der Abtretung nach § 398 BGB Insolvenzgläubiger werden – wenn nur die abgetretene Forderung davor entstand.

261 Zur Erleichterung des Verfahrens ist Insolvenzgläubiger auch der Inhaber der noch nicht fälligen Forderung (§ 41 Abs. 1 InsO). Ein Zinsvorteil wird ausgeglichen (§ 41 Abs. 2 InsO).

262 Auch eine auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) bleibt bis auf weiteres außer Betracht (§ 42 InsO). Der Gläubiger ist vollbeteiligter Insolvenzgläubiger. Aufschiebende Bedingung

2 Siehe auch unten Rn. 970.

3 Näher und weiter *Ehricke*, in: MünchKomm, § 38 InsO, Rn. 36 ff.

4 Siehe unten Rn. 871 ff.

5 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 305 InsO, Rn. 29. Siehe auch unten Rn. 681. Zum Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigerantrages unten Rn. 680.

(§ 158 Abs. 1 BGB) hingegen beschränkt die Teilnahme in einigen Punkten[6]; insbesondere empfängt der Gläubiger nicht sogleich einen Erlösanteil (§ 191 Abs. 1 Satz 2 InsO).

Die Einstufung einer Forderung als Insolvenzforderung nach § 38 InsO gilt gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe g EuInsVO auch für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren vor deutschen Gerichten. 263

Die Konkursordnung hatte die Konkursforderungen in ein Rangsystem eingestuft (§§ 61 f. KO) und einige Forderungen, die eigentlich Konkursforderungen waren, sogar zu Masseschulden erhoben (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 KO). Die Insolvenzordnung hat diese Abstufung beseitigt. Im Grundsatz stehen alle Insolvenzgläubiger auf einer Stufe. Nur wenige Positionen führt das Gesetz als nachrangige (z.B. §§ 39, 327 InsO; früher auch § 32a Abs. 1, Abs. 3 GmbHG a.F.[7]); derartige Positionen hatten die Konkursordnung und die Vorschriften des Gesellschaftsrechts über kapitalersetzende Darlehen bald ganz von der Bedienung ausgeschlossen (§ 63 KO), bald ebenso als nachrangig behandelt (§§ 226 Abs. 2 bis Abs. 4, 227 KO). Die Rangbildung für das deutsche Insolvenzverfahren wirkt international gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe i EuInsVO. 264

Ohne Einfluß auf die Befriedigungsfolge ist die Bildung von Gruppen innerhalb der Insolvenzgläubiger zur Interessenvertretung im Gläubigerausschuß (§ 67 Abs. 2 InsO) und zur Gestaltung eines Insolvenzplanes (§§ 222 Abs. 2, 243 f. InsO). 265

2. Beteiligte im weiten Sinne

Im weiten Sinne sind alle, die von der Insolvenz in ihren Interessen betroffen sind und deswegen mit den Organen in Verbindung geraten, Beteiligte, gleichviel ob das Insolvenzverfahren für sie eingerichtet ist oder nicht. Die Notwendigkeit eines neben den engen tretenden weiten Beteiligtenbegriffes zeigt sich beispielsweise an der Zusammensetzung der Gläubigerversammlung (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO), welche deutlich über die Insolvenzgläubiger hinausgeht. 266

a) Schuldner und Insolvenzgläubiger

Im weiten Sinne beteiligt sind selbstverständlich die bereits im engen Sinn Beteiligten, das heißt Schuldner und Insolvenzgläubiger[8]. 267

b) Absonderungsberechtigte

Wer (beispielsweise wegen einer Grundschuld, wegen Sicherungsübereignung, wegen Sicherungsabtretung, wegen Pfändung) vom Schuldner verlangen kann, daß er die Versilberung eines bestimmten Gegenstandes aus dem Schuldnervermögen (des Grundstücks, der sicherungsübereigneten Sache, der zur Sicherheit abgetretenen Forderung, des Pfandobjektes) hinnehme, ist mit diesem Anspruch nicht Insolvenzgläubiger, sondern Absonderungsberechtigter. Zwar ist der Anspruch auf Duldung 268

6 *Bitter*, in: MünchKomm, § 42 InsO, Rn. 11.

7 Außerdem besonderer Anfechtungstatbestand für Sicherung oder Befriedigung von Ansprüchen aus kapitalersetzendem Geschäft in § 135 InsO; bei Dreiecksgeschäften (§ 32a Abs. 2, Abs. 3 GmbHG a.F.) anfechtungsähnliche Erstattung durch den sichernden Gesellschafter nach § 32b GmbHG a.F.

8 Siehe zuvor Rn. 255 ff.

der Verwertung (z.B. gemäß §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB; gemäß § 76 AO) ein Vermögensanspruch im Sinne von § 38 InsO. Aber er ist kein persönlicher gemäß § 38 InsO, sondern ein dinglicher, da mit einem bestimmten Gegenstand verbunden. Das Gesetz sieht hierfür in §§ 49 ff., 165 ff. InsO eine gesonderte Behandlung vor, nämlich abgesonderte Befriedigung[9]. Vereinzelt ist Absonderung auch außerhalb der Insolvenzordnung bestimmt (so in § 110 VVG). Wer Vermögensbestandteile zu seiner Befriedigung reservierte, ist über die gleichmäßige Erlösverteilung des Insolvenzverfahrens erhaben. In ihrem Zurückdrängen der Insolvenzgläubiger hat die Absonderung Ähnlichkeit mit der einen besseren Rang verteidigenden Vorzugsklage nach § 805 ZPO. Gleichwohl hat der Absonderungsgläubiger wegen seiner unvermeidlichen Berührung mit dem Verfahren **Sitz und Stimme in der Gläubigerversammlung** (§§ 74 Abs. 1 Satz 2, 76 Abs. 2 Halbsatz 2 InsO). Denn der fragliche Gegenstand ist nicht gänzlich dem Beschlag des Insolvenzverfahrens entzogen, sondern zählt zur Masse. Absonderung ist lediglich Rücksicht auf Zuweisung des Erlöspotentials eines Gegenstandes oder eines Teils dieses Potentials an den Gläubiger. Der Begriff des Absonderungsrechts mit den dazu im Gesetz vorgesehenen Vergünstigungen und Lasten umfaßt nur Verwertungsrechte, die schon vor der Verfahrenseröffnung angelegt wurden (mag ihr ursprünglicher Inhaber sie auch danach noch weiterübertragen haben). Gewährt erst nach Eröffnung der Insolvenzverwalter ein Verwertungsrecht (beispielsweise dem Lieferanten bei Fortsetzen der Lieferbeziehung oder der Bank wegen eines sogenannten Massekredites), so tritt der Sicherungsnehmer gegenüber dem Verwalter so auf, wie er es ohne Insolvenzverfahren gegenüber dem Schuldner selbst täte.

269 Wenn allerdings der Schuldner über die Haftung mit dem einzelnen Gegenstand hinaus dem Absonderungsgläubiger auch persönlich verbindlich ist, das heißt auch mit seinem ganzen Vermögen haftet, dann bekleidet der Absonderungsberechtigte eine Doppelrolle. So verhält es sich bei Identität von Sicherungsgeber und Schuldner der gesicherten Forderung: Der spätere Gemeinschuldner nahm ein Darlehen auf und verschaffte dem Darlehensgeber aus eigenem Bestand Sicherungseigentum. Wegen des (z.B. im Sicherungsvertrag begründeten) dinglichen Anspruchs erfährt der Gläubiger abgesonderte Befriedigung. Wegen des (z.B. im Darlehensvertrag gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB begründeten) persönlichen Anspruchs ist er, wie § 52 Satz 1 InsO klarstellt, Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO und nimmt an den für alle Insolvenzgläubiger vorgesehenen Abläufen teil, namentlich an Anmeldung und Prüfung gemäß §§ 174 ff. InsO. Dabei gilt jedoch die Einschränkung, daß der Absonderungsberechtigte nicht doppelte Befriedigung erhalten oder auch nur das Absonderungsrecht ungenutzt bleiben soll. Nur insoweit, als das Absonderungsgut nicht zur Befriedigung auch des persönlichen Anspruchs genügt, wegen eines Ausfalls also, darf der Absonderungsberechtigte als Insolvenzgläubiger Bedienung aus dem allgemeinen Erlös (§§ 187 ff. InsO) erwarten (§ 52 Satz 2 InsO).

270 Ist der Gemeinschuldner nicht zugleich persönlicher Schuldner des Absonderungsberechtigten, so muß der Absonderungsgläubiger sich wegen des Ausfalls bei der Verwertung an den persönlichen Schuldner halten. Die Reservierung von Vermögensbestandteilen für die Befriedigung eröffnet keinen Zugriff auf das Vermögen insgesamt. Daran ändert die Insolvenz nichts. Der Gläubiger ist allein absonderungsberechtigt. Wenn beispielsweise ein Dritter beim Gläubiger ein Darlehen aufnahm und der spätere Gemeinschuldner eine ihm zustehende Forderung dem Gläubiger zur Sicherheit abtrat, um den Dritten zu unterstützen, so ist der Gläubiger ausschließlich Absonderungsberechtigter; Insolvenzgläubiger wird er nur in etwaiger Insolvenz des Dritten.

271 Die Stellung als Absonderungsberechtigter und gegebenenfalls auch als Insolvenzgläubiger nach der Insolvenzordnung ist auch bei grenzüberschreitenden Verfahren, welche ein deutsches Insolvenzgericht eröffnete, maßgeblich (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe i EuInsVO). Allerdings

9 Näher zur Absonderung unten Rn. 1353 ff. (§ 30 III).

stellt Art. 5 EuInsVO sicher, daß der auswärts belegene Gegenstand in das deutsche Insolvenzverfahren nicht stärker einbezogen wird, als dies ein auswärtiges Insolvenzverfahren nach den am Ort geltenden und deswegen maßgeblichen Vorschriften (Art. 4 EuInsVO) täte.

c) Aussonderungsberechtigte

Ebenfalls nicht Adressaten des Insolvenzverfahrens, aber von seinen Abläufen betroffen sind die Aussonderungsberechtigten. Aussonderungsberechtigte halten Gegenstände vollkommen von der Verwertung im Insolvenzverfahren frei. Sie machen geltend, daß bestimmte Gegenstände nicht zur Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) zählen und deswegen ein aus ihnen erzielbarer Erlös nicht zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger verwendet werden darf (§ 47 Satz 1 InsO). Die Aussonderung geschieht mit den dem jeweiligen Herrschaftsrecht entspringenden Ansprüchen und Klagen (§ 47 Satz 2 InsO). Sie hat Ähnlichkeit mit der den Zugriff eines einzelnen Gläubigers vereitelnden Interventionsklage nach § 771 ZPO. Aussonderung geht, indem sie die gänzliche Zuordnung eines Gegenstandes zum Gläubiger verwirklicht, noch weiter als Absonderung, welche nur die Befriedigungsfunktion betrifft.[10] Das Insolvenzverfahren hindert den Aussonderungsberechtigten nicht an Verfügungen über den Gegenstand, Übertragung (Abtretung, Übereignung) inbegriffen. **272**

d) Massegläubiger

Des weiteren zählen die Massegläubiger (§§ 53 ff. InsO) nicht zur Zielgruppe des Insolvenzverfahrens. Sie sind diejenigen Gläubiger, welche erst anläßlich des Verfahrens zu Gläubigern werden oder anläßlich des Verfahrens ihre Gläubigerstellung (durch Zusatzabsprachen mit dem Verwalter nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO oder nach den Regeln über schwebende Geschäfte gemäß §§ 103 ff., 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) erneuern. Sie erlangen ihre Stellung als Gläubiger nicht wegen Verkehrs mit dem Schuldner, sondern wegen Verkehrs mit der dem Zugriff ihres Inhabers entwundenen insolventen Vermögensmasse. Die Insolvenzmasse ist zwar kein rechtsfähiges Gebilde. Der Gemeinschuldner, nicht die Masse selbst, ist Schuldner auch der Masseverbindlichkeiten[11]. Doch ist die Schuldnerstellung vermittelt durch den Verwalter als Repräsentant der Masse. Ohne selbst Träger von Rechten und Pflichten sein zu können, bildet die Masse doch eine Einheit, welche abgeschlossen nach außen durch den Verwalter in Erscheinung tritt. Daraus erklären sich die Begriffe Masseverbindlichkeit und Massegläubiger. Der Massegläubiger kann seine Stellung mit gewöhnlicher Abtretung (§ 398 BGB) weiterreichen. **273**

Die Massegläubiger werden – ähnlich den Absonderungsberechtigten – vorab bedient. Der Unterschied besteht darin, daß die Absonderungsgläubiger den Vorzug aus dem Erlös bestimmter Gegenstände erfahren, während die Massegläubiger aus dem Erlös insgesamt vorab bedient werden (§ 53 InsO). Im Verhältnis zum Absonderungsberechtigten und erst recht zum Aussonderungsberechtigten tritt der Massegläubiger zurück. Er wird nur aus der nach Aussonderung und Absonderung verbleibenden Masse vorab befriedigt[12]. Untereinander haben Masseforderungen **274**

10 Näher zur Aussonderung unten Rn. 966 ff. (§ 22 II).
11 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 53 InsO, Rn. 4.
12 *Hefermehl*, in: MünchKomm, § 53 InsO, Rn. 12 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 53 InsO, Rn. 3.

gleichen Rang[13], denn §§ 53 bis 55 InsO geben keine Befriedigungsfolge an. Die Massegläubiger stehen also untereinander in einem Befriedigungswettkampf[14]. Bei Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Masseunzulänglichkeit allerdings, sozusagen bei einem Konkurs im Konkurs[15], findet eine Abstufung statt (§ 209 InsO).

275 Massegläubiger sind nicht auf das Anmeldungsverfahren für Insolvenzgläubiger verwiesen und können ihre Ansprüche im Grundsatz frei geltend machen. Der Vollstreckungszugriff durch Massegläubiger ist nicht nach § 91 Abs. 1 InsO unwirksam, da die Massegläubiger ohnehin die vorweg zu Befriedigenden sind, so daß ihr Zugriff keine zu verhindernde Masseschmälerung darstellt. Allerdings hält § 90 Abs. 1 InsO einige Massegläubiger (nämlich die Inhaber der »aufgezwungenen«, nicht vom Verwalter beherrschten Masseforderungen) vorübergehend von der Zwangsvollstreckung fern, um der Insolvenzmasse eine Zeit ruhiger Entwicklung zu gewähren und alsbaldigen Verzehr ihrer Mittel zu verhüten[16].

e) Neugläubiger

276 Fast keine Berührung mit dem Insolvenzverfahren haben die Neugläubiger. Neugläubiger ist derjenige Gläubiger, dessen Forderung erst aus Handlungen des Schuldners nach Verfahrenseröffnung entsteht, ohne daß der Schuldner hierbei (etwa als Eigenverwalter oder kraft Ermächtigung durch den Verwalter) für die Masse auftritt. Die Neugläubiger sind insofern vom Insolvenzverfahren **betroffen**, als der Insolvenzbeschlag ihre Befriedigungsaussichten stark verkürzt. Das bislang vorhandene Vermögen unterfällt dem Insolvenzbeschlag, und seinen neuen Erwerb muß der außerhalb des Insolvenzbeschlages agierende Schuldner bis auf den beschlagfreien Rest fortwährend in die Masse fließen lassen (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO). Deswegen ist ein Antrag eines Neugläubigers auf ein weiteres Insolvenzverfahren wegen der neuen Verbindlichkeiten sinnlos. Da es kein Vermögen des Schuldners geben kann, das nicht schon vom laufenden Insolvenzverfahrens zugunsten der bisherigen Insolvenzgläubiger erfaßt wäre, fehlt einem neuen Eröffnungsantrag das Rechtsschutzbedürfnis[17]. Auf der anderen Seite aber verhindert § 91 Abs. 1 InsO zwecks Masseerhaltes den Zugriff des Neugläubigers mittels Einzelzwangsvollstreckung[18]. Zusätzlich beschränkt § 89 Abs. 2 Satz 1 InsO die Zwangsvollstreckung in künftige Einkünfte auch für solche Gläubiger, die nicht Insolvenzgläubiger sind. Mit den künftigen sind die nach Beendigung des Insolvenzverfahrens anfallenden Einkünfte gemeint. Sie sollen nicht schon während des Verfahrens ausgezehrt, sondern der treuhänderischen Verwendung im Restschuldbefreiungsverfahren gemäß §§ 287, 292 InsO vorbehalten bleiben[19]. Trotz dieser Zielrichtung soll die uneingeschränkt formulierte Sperre selbst dann gelten, wenn ein Insolvenzplan vorgelegt oder Antrag auf Restschuldbefreiung nicht gestellt ist[20]. Ferner treten im Falle eines Insolvenzplanes (§§ 217 ff. InsO), des-

13 *Hefermehl*, in: MünchKomm, § 53 InsO, Rn. 11.
14 Siehe auch unten Rn. 1209 ff.
15 Siehe unten Rn. 1486 ff.
16 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 90 InsO, Rn. 1 f.
17 BGH, Beschluß vom 18. Mai 2004 – IX ZB 189/03, ZInsO 2004, 739.
18 *Breuer*, in: MünchKomm, § 91 InsO, Rn. 75.
19 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 89 InsO, Rn. 20; *Wittkowski*, in: *Nerlich/Römermann*, § 89 InsO Rn. 28.
20 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 89 InsO, Rn. 20.

sen Ausführung vom Insolvenzverwalter überwacht wird (§§ 260 f. InsO), Neugläubiger im Rang hinter Kreditgläubiger, welche die Planverwirklichung ermöglichen (§ 265 Satz 1 InsO).

Dem ohne den Verwalter, nur mit seinem beschlagfreien Vermögen auftretenden Schuldner wird kaum jemand zu üblichen Konditionen Kredit gewähren wollen. Er wird im wesentlichen nur Bargeschäfte tätigen können, die er aus seinem beschlagfreien Vermögen (§ 36 Abs. 1 InsO) oder aus Alimentation durch die Masse (§ 100 InsO) deckt. Neue Schadensersatzgläubiger können sich auf den ersten Blick nicht einmal über eine etwa bestehende Haftpflichtversicherung des Gemeinschuldners freuen, wenn die Versicherungszahlung an den Schuldner (§ 149 VVG a.F.) und damit in die Masse fließt (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO) oder wenn der Schuldner einen zur Masse fallenden Freistellungsanspruch gegen den Versicherer hat (§ 100 VVG) – doch stellt § 110 VVG durch ein Absonderungsrecht sicher, daß die Insolvenz dem Geschädigten nicht die Befriedigung entzieht. Alles in allem kann sich bei den Neugläubigern wegen ungünstiger Befriedigungsmöglichkeiten eine neues Forderungsvolumen auftürmen, welches, von einer Restschuldbefreiung unberührt, alsbald neuerliche Insolvenz auszulösen vermag. 277

Eine Ausnahme vom Vorrang des ersten Insolvenzbeschlages scheint die Freigabe von Vermögensteilen für Fortsetzung oder Beginn einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO zu bilden. Was der Schuldner hier erzielt, fällt einerseits nicht nach § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO zur Masse und kann andererseits Pfändungsfreigrenzen übersteigen. Daraus ist auf den ersten Blick die Zulässigkeit der Einzelzwangsvollstreckung in diesen abgetrennten Vermögensbereich und auch eines zweiten Konkurses abzuleiten[21]. Die Pflicht des Schuldners zur Einzahlung aus den Erträgen in die Masse nach §§ 295 Abs. 2, 35 Abs. 2 Satz 2 InsO zeigt jedoch, daß auch der freigegebene Bereich noch mit dem ersten Konkurs verbunden ist und der Befriedigung der Insolvenzgläubiger dient. Daher bleibt es grundsätzlich auch nach Freigabe beim Vorrang des ersten Insolvenzbeschlages mit Ausschluß von Zwangsvollstreckung und Zweitkonkurs. Soweit allerdings der Schuldner im freigegebenen Bereich über die Einzahlungen in die Masse hinaus pfändbare Erträge erzielt, sind dem Neugläubiger in der Tat weder Zwangsvollstreckung noch neues Insolvenzverfahren zu versagen.[22]

f) Drittschuldner

Betroffen von der Insolvenz des Schuldners sind auch die ihm Verpflichteten, die Drittschuldner. **Ab Verfahrenseröffnung** können sie nur noch **an den Verwalter befreiend leisten**, weil dieser gemäß § 80 Abs. 1 InsO den Schuldner zwar nicht aus seiner Gläubigerstellung, wohl aber aus der Empfangszuständigkeit verdrängt. Lockerung dieser strengen Regelung bieten die Vorschriften über Gutgläubigkeit (§ 82 InsO) und Erhalt einer Aufrechnungsmöglichkeit (§§ 94 ff. InsO). Zahlreiche Vorschriften regeln die Abwicklung schwebender Geschäfte im Detail (§§ 103 ff. InsO); hier sind die Drittschuldner zugleich auch als Insolvenzgläubiger oder als Massegläubiger angesprochen. 278

g) Erwerber

Berührt sind weiterhin Personen, die Gegenstände aus der Masse zu erwerben suchen. Der Erwerb kann vom Schuldner oder vom Verwalter oder von einem Dritten veranlaßt sein oder sich als gesetzlicher Erwerb darstellen. Bei jeglichem Masseabfluß stellt sich die Frage nach seiner Wirksamkeit. Sie ist nach §§ 80, 81, 91, 148, 159 InsO 279

21 Für diese Zulässigkeit AG Göttingen, Beschluß vom 12. Oktober 2007 – 74 IN 304/07, ZVI 2007, 571, 572.

22 So wohl auch BGH, Beschluß vom 3. Juli 2008 – IX ZB 182/07, KTS 2009, 96, 97, mit Anm. *Lakkis*, KTS 2009, 98 ff.

zu beantworten. Häufig sind die Erwerber bereits in einer der vorangehenden Beteiligtenkategorien enthalten.

h) Anfechtungsgegner

280 Die Umkehr von Vermögensabflüssen zur Masseanreicherung nach §§ 129 ff. InsO macht frühere Empfänger zu Beteiligten. Wegen zugrundeliegender Ansprüche oder etwa von ihnen erbrachter Gegenleistungen treten die Anfechtungsgegner in die Reihen der Insolvenzgläubiger (§ 144 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 InsO) oder der Massegläubiger (§ 144 Abs. 2 Satz 1 InsO).

i) Prozeßgegner

281 Gegner in schwebenden Prozessen sehen sich mit Unterbrechung des Verfahrens konfrontiert (§ 240 ZPO). Aufnahmen, also eine Wiederbelebung des Verfahrens, beurteilen sich nach §§ 85 f., 180 Abs. 2 InsO. Die Prozeßgegner stehen zumeist bereits unter den Insolvenzgläubigern oder den Drittschuldnern.

j) Sonstige Betroffene

282 Vorstehende Aufzählung erschöpft die Menge der von Insolvenz Betroffenen nicht. Mithaftende spricht das Gesetz an verschiedenen Stellen an (z.B. §§ 93, 254 Abs. 2, 301 Abs. 2 InsO, § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Viele Wirkungen reichen in weite Ferne. Zu denken ist an Ausfallversicherungen, an Banken, bei denen ausfallende Gläubiger um Kredit nachsuchen, an die Bundesagentur für Arbeit, bei der arbeitslos gewordene Beschäftigte des Gemeinschuldners vorstellig werden, an Angehörige des Schuldners oder seiner Arbeitnehmer, an Gesellschaften, die mit der insolventen Gesellschaft verbunden sind. Die so und ähnlich Betroffenen wird man nur bei großzügiger Begriffsdehnung noch als Beteiligte ansprechen können.

3. Beteiligtenfähigkeit (Insolvenzverfahrensteilnahmefähigkeit)

283 Um die Rolle eines Beteiligten im Insolvenzverfahren übernehmen zu können, bedarf es der Beteiligtenfähigkeit. Diese **entspricht** der Parteifähigkeit im Zivilprozeß (§ 50 ZPO). Im Insolvenzverfahren bietet es sich an, von Insolvenzverfahrensteilnahmefähigkeit oder von Insolvenzverfahrensbeteiligtenfähigkeit zu sprechen. Der Bequemlichkeit halber ist in Rechtsprechung und Literatur zumeist nur von Insolvenzfähigkeit die Rede. Dieser Begriff zielt allerdings nur auf die Stellung als Gemeinschuldner. Außerdem hat er den Nachteil, nur an den Tatbestand der Mittelarmut und nicht an das Verfahren anzuknüpfen; insofern ist der ältere – und durchaus noch verwendbare – Begriff der Konkursfähigkeit präziser. In der Wortbildung entspricht ihm am ehesten der Begriff Insolvenzverfahrensfähigkeit[23]; doch sollte man diesen Begriff für die Frage der Handlungsfähigkeit im Insolvenzverfahren (entsprechend der Prozeßfähigkeit gemäß §§ 51 ff. ZPO) reservieren.

23 »Insolvenzverfahrensfähigkeit« bevorzugt von *Henckel*, Fehler bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZIP 2000, 2045, 2046.

a) Schuldner (sogenannte Insolvenzfähigkeit)

Die Insolvenzverfahrensteilnahmefähigkeit ist für den Schuldner besonders geregelt (§§ 11 f. InsO). Die deutsche Regelung gilt auch für grenzüberschreitende deutsche Insolvenzverfahren (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe a EuInsVO). 284

aa) Natürliche Person

Konkursfähig sind zum einen alle **natürlichen Personen** (§ 11 Abs. 1 Fall 1 InsO mit § 1 BGB). Nicht etwa ist das Insolvenzverfahren auf Unternehmer oder gar auf Gewerbetreibende beschränkt. Das Unternehmen ist in §§ 1 Satz 1, 157 Satz 1 InsO nur beispielhaft erwähnt. Es erscheint nicht als eine am Insolvenzverfahren beteiligte Einheit[24], sondern nur als Bestandteil der dem beteiligten Schuldner gehörigen insolventen Vermögensmasse. Auch Verbraucher sind betroffen. Es kommt nicht auf Geschäftsfähigkeit (§ 104 ff. BGB), insbesondere nicht auf Volljährigkeit (§ 2 BGB) an. Nichts mit der Beteiligtenfähigkeit hat die Frage zu tun, ob das Verfahren je nach Betätigungsfeld des Schuldners gewisse Veränderungen erfährt (Kleinverfahren gemäß §§ 304 ff. InsO, vorgeblich gemäß Zwischenüberschrift vor § 311 InsO vereinfacht). 285

Das deutsche Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Nichtunternehmers wird wegen seiner Beherrschung durch das deutsche Insolvenzrecht[25] im Ausland auch dann anerkannt, wenn im Ausland nur Unternehmer in Konkurs fallen können (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO; klarstellende Ergänzung der Anerkennungsregel in Art. 16 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO). Das gilt nicht nur für das deutsche Territorialverfahren (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO), dessen Existenz im Ausland zu respektieren ist. Vielmehr kann das deutsche Hauptinsolvenzverfahren im Ausland beispielsweise Verbrauchervermögen liquidieren, obgleich eine solche Liquidation dem ausländischen Recht möglicherweise fremd ist.[26] 286

bb) Juristische Person

Gemeinschuldner nach der Insolvenzordnung können auch alle **juristischen Personen** sein (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO), selbst wenn sie sich bereits (und noch) in Liquidation befinden (§ 11 Abs. 3 Fall 1 InsO). Im Grundsatz trifft das juristische Personen des Privatrechts (z.B. eingetragene Vereine gemäß § 21 BGB, Stiftungen gemäß § 80 Abs. 1 BGB, Aktiengesellschaften nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG, Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach § 13 GmbHG) ebenso wie juristische Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten, Stiftungen). 287

Ausnahmen bestehen im Interesse des Erhaltes von Staat (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO)[27] und – je nach Landesrecht[28] – weiteren Bestandteilen des Gemeinwesens (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Typischerweise erklären die Landesvorschriften Gemeinden und Kreise für konkursunfähig. Diese Bestandssicherung der Gebietskörperschaften ist trotz allbekannter Ausgabenfreudigkeit der öffentlichen Hand unerläßlich und keinesfalls einer vermeintlich verschuldensbegrenzenden 288

24 Über die Konzeption des deutschen und des europäischen Insolvenzrechts vornehmlich als Abwicklung von Schuldverhältnissen und nicht als Abschnitt des Unternehmensrechts sowie die in einigen Staaten Europas starke Anknüpfung des Insolvenzrechts an das Unternehmen *Flessner*, europäisches Insolvenzrecht, in: Festschrift Raiser, 2005, S. 827 ff.

25 Oben Rn. 284.

26 Auf das Problem der Konkursfähigkeit ist die Anerkennung nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO freilich nicht beschränkt. Anerkennung ist auch dann geschuldet, wenn im anerkennungspflichtigen Staat ein Insolvenzverfahren nach nationalem Recht durchführbar wäre oder wenn es aus anderen Gründen als Mangel an Konkursfähigkeit nicht eröffnet werden könnte.

27 Die auch im Ausland einhellig angenommene Konkursunfähigkeit von Staaten hindert nicht Überlegungen zur Bewältigung der Zahlungsunfähigkeit sogenannter Schuldnerländer. Siehe oben Rn. 56.

28 Dazu *Becker*, KTS 2000, 157 ff.; *Ott/Vuia*, in: MünchKomm, § 12 InsO, Rn. 22 ff.

Prävention zu opfern[29]. Von der Liquidation durch ein Insolvenzverfahren sind aber regelmäßig auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten oder Sparkassen (z.B. § 1 Abs. 1 Satz 3 WDR-Gesetz NRW, § 78 Abs. 3 Satz 2 VwVG NRW; Art. 25 AGGVG Bay) ausgenommen. Das stärkt (allerdings nicht mehr in Verbindung mit der bei Sparkassen lange Zeit bestehenden, aber nach und nach geschwundenen kommunalen Gewährträgerhaftung; siehe z.B. die Betonung alleiniger Haftung des Sparkassenvermögens in Art. 4 SpkG Bay) den Bestand dieser Einrichtungen – freilich nach Auffassung ihrer Konkurrenten, die allerdings auch nicht dem Gemeinwohl verpflichtet sind, wettbewerbsverzerrend. Wo besondere gesetzliche Regelungen fehlen, kann auch die besondere Stellung nach dem Grundgesetz vor einem Insolvenzverfahren bewahren. Dies betrifft die Kirchen und wiederum die Rundfunkanstalten des öffentlichen Rechts[30]. Krankenkassen vermag das Landrecht gemäß § 171 b Abs. 1 SGB V nicht mehr nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO vor dem Konkurs zu bewahren.

289 Juristische Personen können auch dann noch Schuldner eines Insolvenzverfahrens werden, wenn sie sich bereits wegen Beendigung in Liquidation befinden (vgl. früher §§ 207 Abs. 2, 209 Abs. 2, 213 KO).

290 Die vor ihrer Registrierung erst im Entstehen befindliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Vor-GmbH, ist zwar noch keine juristische Person, aber wie die eingetragene Gesellschaft insolvenzfähig. Denn sie ist Vorstufe zur GmbH und in der Lage, eigene Rechte und Pflichten zu begründen, welche mit der Eintragung nahtlos auf die GmbH übergehen.[31] Für andere schon gegründete, aber noch nicht als solche wirksam gewordene juristische Personen gilt Entsprechendes.

cc) Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit

291 Des weiteren sind Rechtsträger konkursfähig, die weder natürliche noch juristische Personen sind. Gemeint sind **Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit** wie beispielsweise die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) oder die offene Handelsgesellschaft (§ 105 HGB). Solche Gesellschaften zählt § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO auf. Ergänzend stellt § 11 Abs. 1 Satz 2 InsO den nichtrechtsfähigen Verein (§ 54 BGB) einer juristischen Person gleich. In Auflösung befindliche und noch nicht abgewickelte Gesellschaften sind inbegriffen (§ 11 Abs. 3 InsO)[32]. Kann die Gesellschaft nicht mehr agieren, weil ihre Vertreter sich absentiert haben oder verstorben sind, wird für das Eröffnungsverfahren ein Pfleger nach §§ 57 ZPO, 4 InsO bestellt[33].

292 Die Katalogbildung in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO schließt ein Insolvenzverfahren über das Vermögen einer anderen Gesellschaft nicht aus. Entweder erweitert man die Liste durch Analogie zu den eingeklammert genannten Positionen, oder man setzt am übergeordneten Merkmal »Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit« an und nimmt die Liste für lediglich beispielhaft. Einen der Wege mußte man in der Vergangenheit beinahe beschreiten, da die Partnerschaftsgesellschaft in der ursprünglichen Fassung von § 11 InsO nicht erwähnt war und erst kurz vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung nachgetragen wurde[34].

29 Insolvenzfähigkeit der Gebietskörperschaften rechtspolitisch befürwortend *Rossi/Schuppert*, Notwendigkeit und Inhalt eines Haushaltsnotlagengesetzes, ZRP 2006, 8, 9. Ablehnend *Gumboldt*, Institutionelle Reformen als Lösung für die Krise der öffentlichen Haushalte?, ZRP 2006, 3 ff., 6 f.

30 Näher *Ott/Vuia*, in: MünchKomm, § 12 InsO, Rn. 4, 11.

31 Siehe BGH, Beschluß vom 9. Oktober 2003 – IX ZB 34/03, DZWIR 2004, 31, 32.

32 Beispiel: AG Potsdam, Beschluß vom 1. Februar 2001 – 35 IN 478/00, DStR 2001, 1264 (Leitsatz; vom Gläubiger ohne Grundlage in §§ 11, 13 InsO verlangend, daß er glaubhaft mache, die Vermögensverteilung nach Auflösung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei noch nicht vollzogen), mit Anm. *Haas*, DStR 2001, 1264 (betreffend Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand).

33 AG Hamburg, Beschluß vom 11. September 2006 – 67g IN 58/06, ZIP 2006, 1880, 1881.

34 BGBl. I 1998, 1878, 1881.

Mißverständlich ist es, für den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermö- 293
gen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts Aufzählung aller Mitglieder zu verlangen[35]. Diese Gesellschaft ist selbst konkursfähig. Ihr Konkurs ist nicht eine auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Bündelung von Konkursen über das Vermögen ihrer Mitglieder. Benennung von Mitgliedern – nicht notwendig aller – kann allenfalls erforderlich sein, um die nirgends registrierte Gesellschaft hinreichend zu identifizieren.

dd) Ausländische Gesellschaften

Eine im Ausland gemäß den dort geltenden Vorschriften gegründete Gesellschaft, die nach den 294
auswärtigen Vorschriften in der Lage ist, Rechte und Pflichten zu tragen sowie an einem Verfahren teilzunehmen, kann als solche Schuldner in einem von einem deutschen Insolvenzgericht eröffneten Insolvenzverfahren sein. Die ausländische Gesellschaft ist wie nach ihrem Gründungsrecht als rechtsfähig mit oder ohne Rechtspersönlichkeit zu behandeln. Sie muß nicht etwa ohne Rücksicht auf ihre Konstruktion nach dem Heimatstatut als eine Gesellschaft deutschen bürgerlichen Rechts aufgefaßt werden. Das gilt sogar dann, wenn die ausländische Gesellschaft abweichend von ihrem Statut ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt[36]. Die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erzeugte Rechts- und Parteifähigkeit muß das deutsche Gericht auch achten, damit es nicht gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EGV) verstößt[37]. Bloße Scheinauslandsgründungen (»Briefkastenfirmen«) müssen deutsche Gerichte allerdings nicht kritiklos als rechts- und parteifähig gemäß »Heimat«-Statut anerkennen[38]. Das wird freilich nicht die Konkursfähigkeit verneinen lassen, sondern nur die mit dem Auslandsstatut angestrebte Haftungsabschirmung der Teilhaber[39].

ee) Sonstige Einheiten

Einige Vermögensmassen erklärt § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO, obgleich sie rechtlich unselbständig 295
sind, ebenfalls für konkursfähig. Es handelt sich um einige abschließend aufgezählte Gesamthandsgemeinschaften (Nachlaß in Erbengemeinschaft; Gesamtgut) oder (im Falle des Alleinerben) um ein abgegrenztes Teilvermögen eines Trägers. Das Gesetz spricht zwar unmittelbar das Gut an (den Nachlaß, das Gesamtgut bei der gemäß § 1483 BGB und gegebenenfalls § 7 Satz 2 LPartG fortgesetzten Gütergemeinschaft, das nach §§ 1421 Satz 1 Fall 3 oder Satz 2, 1450 ff. BGB und gegebenenfalls § 7 Satz 2 LPartG gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut der Gütergemeinschaft[40]). Aber eigentlich muß man sich den alleinigen Inhaber (den Alleinerben)

35 Dies tut AG Potsdam, Beschluß vom 10. April 2001 – 35 IN 69/01, ZIP 2001, 797.

36 Im gleichen Sinne BGH, Urteil vom 1. Juli 2002 – II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 ff., zur Parteifähigkeit im Prozeß. Anders *Kind*, in: *Braun*, § 11 InsO, Rn. 12 m.w.N. aus vorangehender Rechtsprechung, der bei ausländischem Sitz Insolvenzunfähigkeit annimmt. Nach »Sitztheorie« Entsprechung der ausländischen Gesellschaft im deutschen Recht suchend, soweit es sich nicht um eine Gründung innerhalb der Europäischen Union handelt, OLG Hamburg, Zwischenurteil vom 30. März 2007 – 11 U 231/04, ZIP 2007, 1108, 1113 f. Zurückhaltend auch BGH, Urteil vom 29. Januar 2003 – VIII ZR 155/02, NJW 2003, 1607, 1608, wonach zwar die Rechtsfähigkeit sich nach dem auswärtigen Recht bestimmt, bei Verlagerung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland aber die Prozeßfähigkeit nach deutschem Recht neu zu prüfen ist. Wegen der internationalen Zuständigkeit siehe unten Rn. 445 ff.

37 Wegen Niederlassungsfreiheit wie die »Gründungstheorie« EuGH, Urteil vom 5. November 2002 – Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614 ff. = ZIP 2002, 2037 ff. (»Überseering«); BGH, Urteil vom 13. März 2003 – VII ZR 370/98, NJW 2003, 1461 f. (»Überseering«); BGH, NJW 2003, 1607, 1608 f. Auch Staatsverträge können zur unbesehenen Anerkennung auswärtiger Gesellschaften als rechts- und parteifähig gemäß ihrem Heimatstatut zwingen; siehe BGH, NJW 2003, 1607, 1608 f.

38 *Kindler*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, NJW 2003, 1073, 1078.

39 AG Hamburg, Beschluß vom 14. Mai 2003 – 67g IN 358/02 NJW 2003, 2835: englische »Limited« ist in Deutschland als solche insolvenzfähig; ihre Gesellschafter sind jedoch nicht von der Haftung abgeschirmt, wenn die Gründung der »Limited« rechtsmißbräuchlich war. Ebenso AG Saarbrücken, Beschluß vom 25. Februar 2005 – 106 IN 3/05, ZIP 2005, 2027 f.

40 Die Gütergemeinschaft eingetragener Lebenspartner steht nach § 7 LPartG auf einer Stufe mit der Gütergemeinschaft von Eheleuten. Deshalb muß auch die Behandlung nach § 11 InsO gleichmäßig sein. Es ist nur Redaktionsversehen, daß § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO immer noch allein von Eheleuten spricht. Die Gleichstellungsabsicht ist mittelbar auch an § 318 Abs. 3 InsO abzulesen. Vgl. unten Rn. 404, 430, 1056.

oder die Mitglieder der Gesamthand (die Erbengemeinschaft; die Gemeinschaft aus überlebendem Ehegatten oder eingetragenem Lebenspartner und Abkömmlingen; die Eheleute oder Lebenspartner), wenngleich nur in bezug auf das Gesamthandsgut, als die Schuldner vorstellen. Doch geht die Verselbständigung des Gutes so weit, daß auch ein Nachlaß, an dem ein für sich rechts- und konkursunfähiger Ungeborener beteiligt ist oder der gar allein einem Ungeborenen zufällt (§ 1923 Abs. 2 BGB), im Insolvenzverfahren liquidiert werden kann.

296 Nicht jedes gemeinsam gehaltene Vermögen indessen kann im Insolvenzverfahren liquidiert werden. Gesamthänderisch gebundenes Gut ist nicht schlechthin konkursfähig. Ein Insolvenzverfahren über das nur von einem Ehegatten oder Lebenspartner verwaltete Gesamtgut (§§ 1421 Satz 1 Fall 1 oder Fall 2, 1422 ff. BGB; § 7 Satz 2 LPartG) ist dem Gesetz fremd.

297 Erst recht gibt es kein Insolvenzverfahren zur Auflösung der einen einzelnen Gegenstand betreffenden Gemeinschaft (§ 741 BGB). Insbesondere ist die Eigentümergemeinschaft (§ 1008 BGB) nicht fähig, Schuldner eines Insolvenzverfahrens zu sein. Dies gilt auch für gemeinsames Grundeigentum, wiewohl hierfür eine Auseinandersetzung mit denselben Mitteln des Vollstreckungsrechts vorgesehen ist (Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG; jedoch Unauflöslichkeit der **Wohnungs-** oder **Teileigentümergemeinschaft** nach §§ 11 Abs. 1, Abs. 2, 1 Abs. 6 WEG), wie sie auch das Insolvenzverfahren benutzen darf (Zwangsversteigerung nach §§ 165 InsO, 172 ff. ZVG). Die vereinzelt unternommene Analogiebildung zu § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO[41] versagt, solange die Bruchteilsgemeinschaft keine hinreichend abgegrenzte sich selbst tragende Vermögensmasse ausbildet[42]. Ausnahmen könnten zwar seit Mitte des Jahres 2007 die Wohnungseigentümergemeinschaft (§ 1 Abs. 2 WEG) und die Teileigentümergemeinschaft (§ 1 Abs. 3 WEG) deswegen machen, weil seitdem diese Gemeinschaften in bezug auf die Verwaltung (nicht in bezug des gemeinschaftlichen Eigentums) Träger von Rechten und Pflichten sind (§ 10 Abs. 6 WEG). Jedoch schließt § 11 Abs. 3 WEG den Konkurs über das Verwaltungsvermögen (§ 10 Abs. 7 WEG) ausdrücklich aus. Das Befriedigungsinteresse der Gläubiger muß nach dem Willen des Gesetzgebers hinter dem Interesse daran zurücktreten, daß die gemeinschaftliche Verwaltung der Anlage fortbesteht. Immerhin bleibt den Gläubigern der Rückgriff gegen die nach § 10 Abs. 8 WEG ähnlich Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft persönlich haftender Eigner. Diese persönliche Haftung ist allerdings keine volle, sondern nur eine anteilige.

298 Ebensowenig insolvenzfähig sind andere Verbünde, die keine Gesellschaftsstruktur aufweisen.

299 So betrachten zwar Medien und Wirtschaftswissenschaften, Soziologie und Psychologie die privaten Haushalte als Wirtschaftseinheiten und beurteilen auch deren Solvenz. Eine Verfahrensbeteiligung ergibt sich daraus indessen nicht. Insolvenzverfahren gibt es nur über die Vermögen der einzelnen Haushaltsmitglieder. Das schließt freilich eine Verbindung mehrerer Verfahren (§§ 147 ZPO, 4 InsO) nicht aus[43].

300 Auch Konzerne sind nicht als Ganzes konkursfähig, sondern allein ihre Glieder. Insolvenz eines Konzerns ist also nur mit einer Mehrzahl von Insolvenzverfahren zu bewältigen[44], wobei einzelne solvente Glieder ausgespart bleiben. Wiederum ist Verbindung (§§ 147 ZPO, 4 InsO) denkbar. Ist der Konzern international aufgebaut, so daß auch im Ausland Verfahren eröffnet werden, kann allerdings die Verbindung, um nicht in fremde Hoheit einzugreifen, nur die deutschen Einzelverfahren erfassen.

b) Insolvenzgläubiger und andere Beteiligte

301 Die Beteiligtenfähigkeit als Insolvenzgläubiger oder in einer anderen Rolle ist nicht eigens geregelt. Gemäß § 4 InsO ist daher die Bestimmung der Parteifähigkeit in § 50 ZPO entsprechend heranzuziehen.

41 AG Göttingen, Beschluß vom 18. Oktober 2000 – 74 IN 131/00, ZIP 2001, 580 f.

42 Ebenfalls ablehnend *Bork*, Insolvenzfähigkeit der Bruchteilsgemeinschaft?, ZIP 2001, 545 ff.

43 Siehe oben Rn. 163.

44 Ausführlich *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 11 InsO, Rn. 394 ff. Beispiel: AG Duisburg, Beschluß vom 1. September 2002 – 62 IN 167/02, ZIP 2002, 1636, 1638 (Babcock-Insolvenz). Siehe auch unten Rn. 319.

4. Verfahrenshandlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit im Insolvenzverfahren ergibt sich mangels besonderer Bestimmung entsprechend der Prozeßfähigkeit aus §§ 51 ff. ZPO mit § 4 InsO. 302

5. Postulationsfähigkeit

Auch zur Postulationsfähigkeit enthält die Insolvenzordnung keine eigene Regelung. Wiederum ist gemäß § 4 InsO auf die Regeln des Zivilprozesses zurückzugreifen. Diese sehen in § 79 ZPO vor, daß der Beteiligte ohne Beistand handeln kann, soweit das Gesetz nicht Vertretungszwang vorsieht. Vertretungszwang besteht gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO vor dem Landgericht. Das Insolvenzverfahren findet aber vor dem Amtsgericht, also ohne Vertretungszwang statt. 303

Das Landgericht wird nur im Beschwerdeweg (§ 6 InsO) befaßt (§§ 72 Abs. 1 Satz 1 GVG, 4 InsO). Doch herrscht auch in diesem Fall kein Anwaltszwang, solange das Landgericht keine mündliche Verhandlung anberaumt. Denn der Beschwerte kann seinen Rechtsbehelf selbst schriftlich oder mündlich zur Niederschrift bei der Geschäftsstelle anbringen (§§ 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, 4 InsO); es handelt sich dabei (wie §§ 129a Abs. 1 ZPO, 4 InsO zeigen) um eine Prozeßhandlung vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, und Prozeßhandlungen vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bedürfen keiner anwaltlichen Vertretung (§§ 78 Abs. 5 ZPO, 4 InsO). 304

Die Frage eines **Vertretungszwangs** ist nicht mit etwaiger Beiordnung eines Anwalts wegen Schwierigkeit der Sachlage neben Verfahrenskostenstundung (§ 4a Abs. 2 Satz 1 InsO; parallel zur Beiordnung neben Prozeßkostenhilfe nach § 121 Abs. 2 ZPO) zu verwechseln. Unabhängig von einer Stundung sehen in der Kleininsolvenz (§§ 304 ff. InsO) die Landesrechte regelmäßig vor, daß der Schuldner sich von der Schuldnerberatungsstelle durch das Verfahren begleiten lassen kann[45] (z.B. § 2 Abs. 3 Satz 2 AGInsO Hess, § 2 Abs. 2 InsOAG M-V, § 2 Abs. 2 Satz 2 AGInsO SchlH). Das Rechtsberatungsgesetz gewährt den dazu notwendigen Handlungsspielraum (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 RDG). 305

III. Organe

Arbeitsteilig führt eine ganze Reihe von Organen das Insolvenzverfahren durch. 306

1. Insolvenzgericht

Grundlegende Entscheidungen und die Aufsicht über das ganze Geschehen sind Angelegenheit des Insolvenzgerichts. Seine Aufgaben nehmen in funktioneller und sachlicher Zuständigkeit Amtsgerichte wahr (§ 2 InsO)[46]. Der Richter ist in Insolvenzsachen ebenso unabhängig wie in Erkenntnisverfahren; die Gewährleistung von Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 1 GG und § 25 DRiG gilt allgemein. Auch der in Insolvenzsachen tätige Rechtspfleger (§§ 3 Nr. 2 Buchstabe e, 18 RPflG) genießt Unabhängigkeit (§ 9 RPflG). 307

45 Siehe *Becker*, KTS 2000, 157 ff.
46 Näher zur Zuständigkeit unten Rn. 458 f.

2. Insolvenzverwalter, Eigenverwalter, Sachwalter, Treuhänder, vorläufiger Verwalter

a) Varianten der Verwaltung

308 Die Hauptarbeit ruht auf den Schultern des Verwalters. Er erfaßt das insolvente Vermögen und wickelt es ab. Mannigfaltig sind die Theorien zum Verständnis des Organs. Der Insolvenzverwalter erscheint als Vertreter der Gläubiger oder des Schuldners, als neutral handelnder Pfleger fremden Vermögens, als Organ der verselbständigt gedachten Insolvenzmasse oder – wenn der Schuldner ein Verband ist – als Organ dieses Verbandes, als Inhaber eines Amtes in der Rechtspflege mit der Stellung als »Partei kraft Amtes« in Prozessen.[47] Am nächsten scheint – zumindest der Bezeichnungsweise nach – dem Gesetz diejenige Auffassung zu stehen, welche im Verwalter, da ihm eine »Vermögensmasse« anvertraut ist, eine »Partei kraft Amtes« erblickt, wie sie betreffend Prozeßkostenhilfe § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO voraussetzt. Das Organ Verwalter erscheint in mehreren Spielarten:

309 **Regelfall** ist die Berufung eines Insolvenzverwalters nach § 56 InsO. Sein Amt setzt sich bei Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplanes nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 258 Abs. 1 InsO) fort (§ 261 Abs. 1 Satz 2 InsO).

310 Die Verwalterrolle kann dem Schuldner selbst übertragen werden. Der Schuldner ist dann **Eigenverwalter** (§ 270 InsO). Im sogenannten Kleinverfahren ist das jedoch nicht möglich (§ 312 Abs. 2 Fall 2 InsO).

311 Eigenverwaltung ist nicht nur dann denkbar, wenn der Schuldner natürliche Person ist. Auch insolventen Gesellschaften und anderen Schuldnern kann die Eigenverwaltung überantwortet werden (erkennbar an § 278 Abs. 2 InsO). Es sind dann die jeweiligen satzungsgemäßen Organe, die in die Rolle des Eigenverwalters schlüpfen. Gegebenenfalls nimmt der Schuldner kraft seiner auch in der Insolvenz ungebrochenen Selbstorganisationsbefugnis in seine Organe (Vorstand, Geschäftsführung) Personen auf, deren Erfahrung aus Insolvenzverwaltung die Eigenverwaltung stärkt[48]. Keine Eigenverwaltung ist es hingegen, wenn das Insolvenzgericht wegen ihrer Sachkunde eine Person aus zunächst nicht betroffenen Konzernteilen, vielleicht aber sogar aus der Geschäftsführung gerade der insolventen Gesellschaft, zum Insolvenzverwalter beruft. Das Insolvenzgericht wird hierbei große Vorsicht walten lassen, da anders als in der wirklichen Eigenverwaltung bei solcher eigenverwaltungsähnlicher regulärer Insolvenzverwaltung die Kontrolle eines Sachwalters (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO) fehlt.

312 Jedem Eigenverwalter ist ein **Sachwalter** an die Seite gestellt (§§ 270 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, 274 Abs. 2 und 3 InsO). Mit dieser Aufsicht, deren Erkenntnisse Anlaß zu Aufhebung der Eigenverwaltung und Bestellung eines Insolvenzverwalters nach § 272 InsO geben können, versucht der Gesetzgeber der Besorgnis unredlicher Ausübung der Verwalterposition zu begegnen. Gleichwohl verfährt die Praxis zurückhaltend mit der Berufung des Schuldners zum Eigenverwalter[49].

313 Für das dem Insolvenzverfahren sich anschließende Restschuldbefreiungsverfahren wird ein **Treuhänder** berufen (§ 287 Abs. 2 Satz 1, 292 InsO).

47 Siehe näher *Rezbach*, Die Parallelität von Massehaftung und persönlicher Verwalterhaftung, S. 69 ff.

48 Beispiel: AG Duisburg, Beschluß vom 1. September 2002 – 62 IN 167/02, ZIP 2002, 1636 ff. (Babcock-Insolvenz).

49 Siehe zum Beispiel Abweisung des Antrages auf Eigenverwaltung durch AG Darmstadt, Beschluß vom 20. Februar 1999 – 9 IN 1/99, ZIP 1999, 1494, 1495 f.

Im Kleinverfahren nimmt ein **Treuhänder** – mit einigen Abweichungen – die Aufgaben des Insolvenzverwalters wahr (§ 313 InsO). Es ist dasselbe Organ, das auch im Verfahren zur Restschuldbefreiung zum Einsatz gelangt (§ 313 Abs. 1 InsO). 314

Die Ineinssetzung des Treuhänders für das Kleinverfahren mit dem Treuhänder für das Restschuldbefreiungsverfahren, wie sie § 313 Abs. 1 InsO vornimmt, ist systematisch unbefriedigend. Das Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff. InsO) kann nicht nur einem Kleinverfahren folgen, sondern auch einem Regelverfahren. Andererseits ist es nicht sicher, daß auf jedes Verfahren über das Vermögen einer natürlichen Person ein Restschuldbefreiungsverfahren folgt. Vielmehr bedarf es eines Antrages des Schuldners (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO), den dieser vielleicht nicht stellen mag. Im Kleinverfahren muß der Schuldner sogar ausdrücklich klarstellen, ob er Restschuldbefreiung wünscht oder nicht (§ 305 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Die Berufung des Treuhänders zum Verwalter des Kleinverfahrens ist außerdem Vorgriff in die Zeit (§ 313 Abs. 1 Satz 2 InsO). Selbst wenn Restschuldbefreiung beantragt sein sollte, befindet das Gericht darüber erst am Ende der Liquidation (§§ 289 bis 291 InsO). Erst jetzt beruft es gegebenenfalls den Treuhänder für das Restschuldbefreiungsverfahren. Die Anlehnung des Kleinverfahrens an das nach allem höchst ungewisse Restschuldbefreiungsverfahren erklärt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte. Das Kleinverfahren rückt erst während der parlamentarischen Befassung in den Entwurf zur Insolvenzordnung ein. 315

Schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann zur Sicherung des Vermögens ein vorläufiger Verwalter mit situationsangepaßter Kompetenz bestellt werden (§ 21 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 22 InsO)[50]. Der **vorläufige Verwalter** ist wiederum in allen Spielarten denkbar. Regelfall ist der vorläufige Insolvenzverwalter. Man sollte aber, da die Eigenverwaltung in das Regelverfahren eingebettet ist (§ 270 Abs. 1 Satz 2 InsO), auch Einsetzung eines vorläufigen Eigenverwalters mit vorläufigem Sachwalter für möglich halten[51]. Die vorläufige Eigenverwaltung greift weniger tief in die Dispositionsfreiheit des Schuldners ein als die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters; auch sind, was sonst nur die Berufung eines externen »starken« vorläufigen Verwalters mit sich brächte, während des Eröffnungsverfahrens neue Geschäfte und Fortsetzung alter Dauerschuldverhältnisse leichter zu bewerkstelligen, wenn die Gläubiger Aussicht auf Bedienung als Massegläubiger nach § 55 Abs. 2 InsO haben. Vor einem Kleinverfahren kann, da § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO auf die allgemeinen Regeln verweist, ein vorläufiger Treuhänder tätig werden. 316

b) Bestellung des Verwalters

Das Insolvenzgericht beruft den Insolvenzverwalter (§ 56 Abs. 1 InsO), Eigenverwalter (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO), Sachwalter (§ 274 Abs. 1 InsO), Treuhänder (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO; § 313 Abs. 1 Sätze 2 und 3 InsO), vorläufigen Verwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Hierbei ist zumeist noch keine Mitwirkung der Beteiligten vorgesehen. Lediglich die Eigenverwaltung bedarf naheliegenderweise eines gezielten Antrages des Schuldners (§ 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO) und im Falle eines Gläubigerantrages auf Eröffnung (§ 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO) auch die Zustimmung dieses Gläubigers (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO). 317

Regelmäßig wird nur eine Person in das Amt berufen. Das Gesetz kennt keine Verwaltung durch ein Kollegialorgan. Jedoch kann es in grenzüberschreitenden Insol-

50 Weiter zu vorläufigen Maßnahmen unten Rn. 688 ff. (§ 15 III).

51 Ablehnend *Uhlenbruck*, Vorläufiger Sachwalter bei Insolvenzanträgen mit Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung?, in: NZI 2001, 632 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 21 InsO, Rn. 18, § 22 InsO, Rn. 2.

venzen weitere Insolvenzverwalter für die in einem auswärtigen Staat belegenen Teile des Schuldnervermögens geben; dazu wird bei Bedarf ein Sekundärinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3, 16 Abs. 2 EuInsVO) nach jeweiligem nationalen Insolvenzrecht eröffnet. Eine weitere Ausnahme von der Alleinstellung des Verwalters ist der (im Gesetz nicht erwähnte) **Sonderinsolvenzverwalter.** Ihn beruft das Insolvenzgericht, wenn der Verwalter in einer einzelnen Angelegenheit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen zu einer ordentlichen Amtsführung nicht in der Lage ist,[52] beispielsweise wenn es um seine eigene Haftung aus § 60 InsO geht[53] oder wenn es sich herausstellt, daß der Verwalter früher bereits zugunsten eines Gläubigers oder eines Anfechtungsgegners ein Mandat übernommen hatte (was zu Interessenkonflikten im Sinne von § 3 Abs. 1 BORA, § 356 StGB führen würde[54].

318 Als Auswahlkriterien für den Insolvenzverwalter gibt das Gesetz die Eigenschaft als natürliche Person und Eignung für den Einzelfall vor (§ 56 Abs. 1 InsO). Die Eignung ist insbesondere an Geschäftskundigkeit und Unabhängigkeit vom Schuldner zu messen (§ 56 Abs. 1 InsO). Typischerweise wählt das Gericht einen Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer aus. Diese Auswahl des Insolvenzgerichts ist Zuteilung von Möglichkeiten der Einkünfteerzielung. Die oft hohe Komplexität der Insolvenzfälle stellt erhebliche Anforderungen an die Qualifikation des Verwalters. Das bewirkt eine Tendenz zur Ausbildung eines Kreises geübter und bewährter Personen, in die weitere Interessenten nur schwer und unter Inkaufnahme jahrelanger, verlustreicher Erprobung in kleineren Verfahren einrücken. Es ist leicht einzusehen, daß hierin eine Quelle manchen Unmuts liegt[55]. Schon die Art des Rechtsbehelfs ist umstritten[56]. Nachdem das Bundesverfassungsgericht eine »multipolare Konfliktlage« feststellte und die übliche »praktische Konkordanz« für den Schutz der kollidierenden Rechtsgüter einforderte[57], sieht § 56 Abs. 1 InsO nun ausdrücklich die Auswahl aus einem bestehenden Kreis bereiter Personen vor. Das verlagert den Streit um Berücksichtigung vom Eröffnungsbeschluß zur Aufnahme in die Liste ernennungsfähiger Bewerber,[58] wo wiederum Unsicherheit über den Rechtsbehelf herrscht[59].

319 Der einzelne Berufsträger wird ernannt, nicht die Gesellschaft, in deren Kanzlei er tätig ist. Trotzdem muß der Verwalter seine Aufgaben nicht ohne Hilfe verrichten. Es ist jedoch – abge-

52 Näher BGH, Beschluß vom 29. Mai 2008 – IX ZB 303/05, KTS 2009, 228 ff., mit Anm. *Vortmann*, KTS 2009, 235 ff.; *Frege*, Der Insolvenzverwalter; *Mohrbutter*, in: *Mohrbutter/Ringstmeier*, 8. Aufl., Rn. II.50; *Schäfer*, Der Insolvenzverwalter.

53 Siehe unten Rn. 351 ff.,362.

54 Vergleiche unten Rn. 319.

55 Siehe dazu OLG Koblenz, Beschluß vom 16. Dezember 1999 – 12 VA 5/99, ZIP 2000, 507 f., mit Anm. *Lüke*, ZIP 2000, 485, und *Holzer*, EWiR § 23 EGGVG 1/2000, 175 f.; *Smid*, DZWIR 2001, 485 ff.; BVerfG, Beschluß vom 3. August 2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01, NJW 2004, 2725 ff.; *Frind/A. Schmidt*, NZI 2004, 533 ff.; *Graeber*, NJW 2004, 2715 ff.; *Hess/Ruppe*, NZI 2004, 641 ff.; *Höfling*, NJW 2005, 2341 ff.; *Kesseler*, ZIP 2000, 1565 ff.; *Köster*, NZI 2004, 538 ff.; *Lüke*, ZIP 2000, 1574 f.; *Römermann*, NJW 2002, 3729 ff.; *Römermann*, ZInsO 2004, 937 ff.

56 Siehe neben den Hinweisen in der vorigen Fn. OLG Hamm, Beschluß vom 14. Oktober 2004 – 15 VA 11/04, NJW 2005, 834, 835, und OLG Celle, Beschluß vom 1. Juni 2005 – 16 VA 3/05, NJW 2005, 2405 f., wonach die Bestellung des Insolvenzverwalters nicht Justizverwaltungsakt nach § 23 EGGVG sei, sondern Rechtsprechung im funktionellen Sinn, die in richterlicher Unabhängigkeit ausgeübt werde – was nicht recht überzeugt. Hiergegen auch BVerfG, Beschluß vom 23. Mai 2006 – 1 BvR 2530/04, KTS 2007, 81 ff., mit Anmerkungen *Vallender*, NJW 2006, 2597 ff., und *Würschinger*, KTS 2007, 91 ff., 93 ff. Bestellung des Insolvenzverwalters als Justizverwaltungsakt nach OLG Koblenz, Beschluß vom 12. Mai 2005 – 12 VA 1/04, NJW 2005, 2405.

57 BVerfG, KTS 2007, 81, 86 ff.

58 Über verfassungskonforme Bildung der Vorauswahlkriterien BVerfG, Beschluß vom 4. August 2009 – 1 BvR 369/08, DZWIR 2009, 503 ff.

59 Bei der Vorauswahl wird man – noch mehr als bei der Einsetzung – einen Justizverwaltungsakt anzunehmen haben, der gemäß § 23 EGGVG auf Antrag überprüft wird. Siehe OLG Hamburg, Beschluß vom 19. Oktober 2005 – 2 Va 2/05, NJW 2006, 451, 452.

sehen von der Unterstützung durch einen Gläubigerausschuß (§ 69 Satz 1 InsO) – seine Angelegenheit, diese Hilfe zu beschaffen und aus seiner Vergütung (§ 63 Abs. 1 Satz 1 InsO) zu finanzieren. Freilich fällt die Trennung zwischen Bewältigung der Verwalteraufgabe aus eigenen Kräften einerseits und Deckung der mindestens einstweiligen Vermögensbewirtschaftung aus Mitteln der Masse (§ 55 Abs. 1 InsO) andererseits nicht leicht. Denn die Bewirtschaftung ist eine der Hauptaufgaben des Verwalters (§ 148 Abs. 1 InsO). Daß insbesondere die Hilfe aus der Masse zu vergütenden Personals (noch vom Schuldner oder neu durch den Verwalter eingestellt) in Betracht kommt, läßt das Gesetz in der (einschränkenden) Regelung über die Haftung des Verwalters für Fehler der noch vom Schuldner eingestellten Mitarbeiter (§ 60 Abs. 2 InsO) erkennen. Ein Rechtsanwalt, den das Gericht mit dem Verwalteramt betrauen möchte, muß prüfen, ob frühere Mandate im selben Hause Anlaß zur Besorgnis standeswidriger (§ 3 BORA) oder strafbarer (§ 356 StGB) Interessenkollision geben[60]. Aus der Sicht des Insolvenzgerichts kann eine Besorgnis die nach § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO notwendige Eignung beseitigen. Aber auch bei anderen Berufsträgern können frühere Beziehungen zum Schuldner oder zu einzelnen Gläubigern eignungserheblich sein. Dieser Gesichtspunkt spricht neben den hohen Qualifikationsanforderungen für die schon seit langem sichtbare Entwicklung zur Spezialisierung auf Insolvenzverwaltung. Auch in der Insolvenz verbundener Unternehmen besteht die Gefahr von Interessenkollisionen, was für Berufung verschiedener Verwalter spricht[61].

320 Für den Sachwalter und für den Treuhänder im Kleinverfahren gelten dieselben Anforderungen (§§ 274 Abs. 1, 313 Abs. 1 Satz 3 InsO). Für den Eigenverwalter, der naturgemäß nicht von sich selbst unabhängig sein kann, formuliert das Gesetz die Anforderungen unpersönlich mit der Erwartung, das Verfahren werde keine Nachteile bieten (§ 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO). Für den erst zum Restschuldbefreiungsverfahren nach Regelverfahren antretenden Treuhänder gibt § 288 InsO, eigenständig formuliert, ebenfalls die Vorgabe der Eigenschaft als natürliche Person und einer dem Aufgabenkreis entsprechenden Eignung. Insbesondere kommt der zuvor tätige Insolvenzverwalter in Frage.

321 Die Berufsträger empfinden die nach pflichtgemäßem Ermessen stattfindende Auswahl durch das Insolvenzgericht nicht immer als nachvollziehbar und gerecht, was ebenfalls[62] zu Streitigkeiten Anlaß gibt.

322 Beim Insolvenzgericht anzubringende Anregungen aus dem Kreis der Beteiligten und Bewerbungen um Verwalterpositionen sind unbenommen. Für den Treuhänder nach dem Regelverfahren stellt § 288 InsO die Vorschlagsbefugnis Beteiligter ausdrücklich klar.

323 Der Verwalter übt, wiewohl ansonsten in der Regel Freiberufler, mit der Bewirtschaftung und Abwicklung des insolventen Vermögens in der Regel eine gewerbliche Tätigkeit aus. Das bestimmt nicht nur die Einkunftsart (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) zu den erzielten Vergütungen[63], sondern löst auch Gewerbesteuer aus[64], die der Verwalter wie seine Einkommensteuer aus eigenen Mitteln bestreiten muß.

60 Siehe auch Nr. 1.1 Verhaltenskodex der Mitglieder des Arbeitskreis der Insolvenzverwalter Deutschland e.V., DZWIR 2002, 102. Keinen Verstoß gegen § 356 StGB sieht im Zusammentreffen von individuellem Mandat und Verwalterbestellung OLG Köln, Beschluß vom 2. Juni 2009 – 55 Zs 27/09, unveröffentlicht; es stützt sich dabei auf das Argument, daß der Verwalter keine Interessen einer Partei vertrete; dieses Argument trifft meines Erachtens nicht zu, weil der Verwalter bei allem Tun die Interessen jedes Beteiligten zu wahren hat.

61 Vergleiche oben Rn. 300.

62 Siehe bereits oben Rn. 318.

63 BFH, Urteil vom 12. Dezember 2001 – XI R 56/00, ZIP 2002, 359 ff., Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG oder – wenn die persönliche Leistung des Verwalters den Einsatz der allenfalls zu mechanischer Erledigung von Anweisungen hinzugezogenen Mitarbeiter überwiegt – aus sonstiger selbständiger Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG.

64 Siehe z.B. BFH, Urteil vom 14. August 2001 – XI R 56/00, ZInsO 2001, 954 ff.

c) Aufsicht

324 Der Verwalter untersteht der Aufsicht durch das Insolvenzgericht (§ 58 Abs. 1 InsO; §§ 292 Abs. 3 Satz 2, 313 Abs. 1 Satz 3, § 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO), der Eigenverwalter derjenigen durch den Sachwalter (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO) und damit mittelbar ebenfalls der des Insolvenzgerichts (§ 274 Abs. 1 InsO). Aufsichtsfunktion hat auch ein etwa eingesetzter Gläubigerausschuß (§ 69 InsO).

d) Austausch des Verwalters

325 Das Insolvenzgericht kann gemäß § 59 InsO (§§ 274 Abs. 1, 313 Abs. 1 Satz 3, 292 Abs. 3, 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO) das Amt des Insolvenzverwalters (Sachwalters, Treuhänders, vorläufigen Verwalters) vor Erledigung des Verfahrens beenden[65]. Doch darf es das mit Rücksicht auf das Vertrauen des Verwalters in die Sicherheit seiner Tätigkeitsvergütung nur aus wichtigem Grund tun. Der Verwalter genießt dazu Gehör und Beschwerderecht. Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuß sowie der Verwalter selbst haben ein Initiativrecht. Einzelne Beteiligte können die Entlassung beim Gericht oder bei den Antragsbefugten anregen; auf Entlassung des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren kann jeder Insolvenzgläubiger antragen (§ 292 Abs. 3 Satz 2 InsO).

326 Ohne wichtigen Grund kann gemäß § 57 InsO (§§ 274 Abs. 1, 313 Abs. 1 Satz 3 InsO) die Gläubigerversammlung in ihrem ersten Termin einen anderen Insolvenzverwalter (Sachwalter, Treuhänder im Kleinverfahren) wählen. Das Gericht kann der Wahl nur bei Mangel an Eignung die Folge verweigern. Lediglich abzuwählen ohne Ersatz zu benennen, ein destruktives Mißtrauensvotum also, steht der Versammlung hingegen nicht zu.

327 Normale Verwaltung wird auf Wunsch der Gläubigerversammlung in Eigenverwaltung umgestellt (§ 271 InsO). Aufhebung der Eigenverwaltung zugunsten normaler Insolvenzverwaltung geschieht hingegen ohne besonderen Grund auf Wunsch der Gläubigerversammlung oder des Schuldners, auf Antrag einzelner Gläubiger nur bei Fortfall der Voraussetzungen sowie mit Anhörung und Beschwerderecht des Schuldners (§ 272 InsO).

e) Rechenschaft

328 Am Ende seiner Amtszeit legt der Verwalter der Gläubigerversammlung Rechenschaft ab (§ 66 Abs. 1 InsO; §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 281 Abs. 3 Satz 1, 313 Abs. 1 Satz 3, 292 Abs. 3 Satz 1 InsO). Diese Rechenschaft ist nicht zu verwechseln mit der vom Schuldner übernommenen laufenden Buchführung und Rechnungslegung zur Entwicklung des insolventen Vermögens (§ 155 InsO; § 281 Abs. 3 Satz 1 InsO). Auch die Schlußrechnung (§§ 66 Abs. 2, 197 Abs. 1 Nr. 1 InsO; § 281 Abs. 3 Satz 2 InsO) ist nicht identisch mit dem Rechenschaftsbericht, liegt ihm aber zugrunde, falls das Amt des Verwalters mit Erledigung des Insolvenzverfahrens endet. Auf Wunsch der Gläubigerversammlung legt der Verwalter auch schon während des Insolvenzverfahrens Zwischenrechnung ab (§ 66 Abs. 3 InsO; §§ 281 Abs. 3 Satz 1, 313 Abs. 1 Satz 3 InsO).

329 Zwischenrechnungslegung und Rechnungslegung am Schluß dienen der Aufdeckung von Mißständen und Fehlern. Sie können Aufsichtsmaßnahmen, Entlassung und Schadensersatzbegehren auslösen.

3. Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuß

330 Die Gläubiger bilden zwei Organe: in vollständiger Zusammensetzung die Gläubigerversammlung (§ 74 Abs. 1 InsO), in repräsentativer Zusammensetzung den Gläubigerausschuß (§§ 67 f. InsO). Letzterer muß nicht zwingend gebildet werden. Gemäß § 67 Abs. 1 InsO »kann« das Gericht es vorab tun. Das Gesetz gibt keinen Zeitpunkt an, zu dem das erstmals möglich sei. § 67 Abs. 1 InsO steht zwar in den

65 Beispiel: AG Bonn, Beschluß vom 5. September 2001 – 98 IN 196/99, ZInsO 2002, 641 f.

Regeln über das eröffnete Verfahren, so daß man die Eröffnung als frühesten Zeitpunkt anzunehmen geneigt ist. Ihrem Wortlaut nach paßt die Vorschrift jedoch auch schon auf die Zeit vor der Eröffnung, und vor allem ist die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses in vielen Fällen eine sinnvolle Ergänzung der nach §§ 21 ff. InsO zu ergreifenden Maßnahmen. Eine solche frühe Einsetzung findet denn auch Zustimmung in der Literatur[66]. Nach § 68 Abs. 1 Satz 1 InsO entscheidet die Gläubigerversammlung endgültig über den Bestand eines Gläubigerausschusses. Die **Gläubigerversammlung** ist anders als der Gläubigerausschuß **unverzichtbar.**

Die Gläubigerversammlung **umfaßt** nicht nur die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), **331**
sondern auch die Absonderungsberechtigten (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO). Ausgeschlossen sind Massegläubiger, Aussonderungsberechtigte und Neugläubiger. Angebliche Gläubigerschaft genügt vorderhand für die Teilnahme (§ 77 InsO). Nachrangigkeit (§ 39 InsO) hindert nicht. Sinnvollerweise nehmen auch Schuldner und Verwalter an der Gläubigerversammlung teil (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO). Schließlich haben auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses Sitz in der Gläubigerversammlung (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO). Diese Regelung ist nicht gänzlich redundant, weil im Gläubigerausschuß nicht nur Gläubiger sitzen (§ 67 Abs. 2 InsO), sondern auch andere Personen (§ 67 Abs. 3 InsO). Die hinzutretenden Nichtgläubiger können Sachkunde vermitteln[67], aber auch Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit, auf die die Beteiligten achten wollen, artikulieren. Ähnliche **Mitwirkung Externer** begegnet auch im Berichtstermin (§ 156 Abs. 2 InsO) und bei Ausarbeitung und Prüfung eines Insolvenzplanes (§§ 218 Abs. 3, 232 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 InsO). Außerdem bewirkt die besondere Berücksichtigung der Arbeitnehmer im Gläubigerausschuß (sowie bei Entstehung des Insolvenzplanes) eine eigene insolvenzrechtliche Mitbestimmung zusätzlich zur gewöhnlichen betrieblichen oder unternehmerischen Mitbestimmung; von Belang ist das insbesondere, wenn eine Betriebsänderung, gegebenenfalls mit Sozialplan ansteht (§§ 121 ff. InsO, §§ 111 ff. BetrVG). Stimmrecht vermittelt jedoch in der Gläubigerversammlung nur die Gläubigerstellung (§§ 76 f. InsO). Im Gläubigerausschuß haben alle Mitglieder Stimmen (§ 72 InsO). Angesichts seiner geringeren Mitgliederzahl kann der Gläubigerausschuß rascher agieren als die Gläubigerversammlung.

Die Mitglieder der Gläubigerversammlung werden als solche nicht bestellt, da ihre Zusammen- **332**
setzung gesetzlich feststeht. Das Insolvenzgericht hat nur die Aufgabe, die Versammlung zu ihren Terminen einzuberufen (§ 74 Abs. 1 Satz 1 InsO) und sie in den Terminen zu leiten (§ 76 Abs. 1 InsO).

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses hingegen werden berufen. Das Gericht beruft sie ge- **333**
mäß § 67 InsO, wenn es vorab einen Ausschuß einsetzen will. Die Gläubigerversammlung bildet einen erst später einzusetzenden Ausschuß und wählt die Mitglieder hierfür (wortkarg § 68 Abs. 1 Satz 1 InsO). Desgleichen kann sie einen schon vom Gericht eingesetzten Ausschuß bestehen lassen (§ 68 Abs. 1 Satz 2 InsO) und seine Mitglieder auswechseln (§ 68 Abs. 2 InsO) sowie im weiteren Verlauf die Entlassung sowohl der noch vom Gericht als auch der von der Gläubigerversammlung berufenen Mitglieder beantragen (§ 70 InsO). Soweit die Gläubigerversammlung den Gläubigerausschuß besetzt, ist sie nicht streng, sondern nur näherungsweise an die für das Gericht geltenden Bestimmungen in § 67 Abs. 2, Abs. 3 InsO gebunden[68].

66 Siehe z.B. *Schmidt-Burgk*, in: MünchKomm, § 67 InsO, Rn. 2; *Uhlenbruck*, § 67 InsO, Rn. 1.
67 *Delhaes*, in: *Nerlich/Römermann*, § 67 InsO, Rn. 6.
68 *Schmidt-Burgk*, in: MünchKomm, § 68 InsO, Rn. 7, 16; *Kind*, in: *Braun*, § 68 InsO, Rn. 4.

334 Das Insolvenzgericht beruft die Gläubigerversammlung sowohl von Amts wegen ein (insbesondere zu gesetzlich vorgesehenen Terminen wie Berichtstermin, Prüfungstermin, Schlußtermin oder Erörterungs- und Abstimmungstermin nach §§ 29, 197 Abs. 1 Satz 1, 235 Abs. 1 InsO; ferner nach pflichtgemäßem Ermessen) als auch auf Antrag (§ 75 InsO). Die Terminierung wird veröffentlicht (§ 74 Abs. 2 InsO). Der Gläubigerausschuß organisiert seine Arbeit selbständig.

335 Einer Aufsicht unterstehen weder Mitglieder der Gläubigerversammlung als solche noch die Mitglieder des Gläubigerausschusses als solche. Doch sind die Beschlüsse der Gläubigerversammlung angreifbar (§ 78 InsO). Die Gläubigerversammlung kann nicht in die Beschlußfassung des Gläubigerausschusses eingreifen. Der Gläubigerausschuß ist ein gegenüber der Gläubigerversammlung eigenständiges Organ[69].

336 Ein besonderer Rechenschaftsbericht obliegt weder den Mitgliedern der Gläubigerversammlung noch denjenigen des Gläubigerausschusses.

4. Schuldnerberater

337 Den Schuldnerberater kann man insofern als Organ im Insolvenzverfahren ansehen, als er bezeugt, daß eine mit seiner Hilfe unternommene vorgerichtliche Schuldenbereinigung scheiterte, und damit den Weg ins Kleinverfahren freimacht (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

338 Die Berufung von Personen oder Einrichtungen in die Funktion eines Schuldnerberaters ergibt sich aus dem Landesrecht[70]. Regelungen zur Überwachung ihrer Tätigkeit sind hingegen nicht allein dort zu suchen. Vielmehr kommt auch das je einschlägige vom Bund gesetzte Berufsrecht in Frage, namentlich das der Rechtsanwälte oder das der Notare (soweit diese Berufsträger neben nicht juristisch vorgebildeten in der Schuldnerberatung tätig sind).

5. Rechtsanwälte

339 Soweit ein Rechtsanwalt Aufgaben im Insolvenzverfahren wahrnimmt, ist er zwar als (unabhängiges) Organ der Rechtspflege tätig (§ 1 BRAO), aber nicht schon als solcher Organ im Insolvenzverfahren. Zum Organ wird er nur als Verwalter[71] und zum Organmitglied, wenn Gericht oder Gläubigerversammlung ihn gemäß § 67 Abs. 3 oder § 68 InsO als Nichtgläubiger in den Gläubigerausschuß berufen[72]. Nimmt er lediglich Interessenvertretung für einen Beteiligten wahr, hat er keine spezifisch insolvenzrechtliche Organstellung. Und auch die Schuldnerberatung wird, soweit sie dem Schuldner jenseits des außergerichtlichen Schuldenbereinigungsversuches Hilfestellung gewährt, nicht als Organ des Insolvenzverfahrens tätig.

6. Vergütung und Auslagenersatz für Organe und Organmitglieder

340 Vergütungen und Auslagenersatz für Organe und Organmitglieder sind an verschiedenen Stellen geregelt:

341 Das Insolvenzgericht berechnet Gerichtskosten nach Nummern 2310 ff., 9000 ff., 9018 der Anlage zu § 3 Abs. 2 GKG.

342 Der Verwalter in seinen verschiedenen Erscheinungsformen (mit Ausnahme des Eigenverwalters) erhält Vergütung und Auslagenersatz gemäß §§ 63 f. InsO (§§ 274 Abs. 1, 313 Abs. 1 Satz 3, 293 Abs. 2; § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO) in Verbindung mit der nach § 65 InsO erlassenen Vergütungsordnung (§§ 1 bis 16 InsVV). Die Einzelheiten sind recht kompliziert und

69 *Schmidt-Burgk*, in: MünchKomm, § 68 InsO, Rn. 11.
70 Hierzu *Becker*, KTS 2000, 157 ff.
71 Oben zu Rn. 308 ff.
72 Oben zu Rn. 331, 333.

streitanfällig[73]. Die je nach Umfang des insolventen Vermögens recht großen Vergütungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Insolvenzverwalter bei den meisten Insolvenzen froh sein kann, wenn er seine Kosten zu decken vermag, und überdies ein hohes Haftungsrisiko[74] trägt.

Grundsätzlich stellt der Umfang der Masse die Bemessungsgrundlage dar (§ 1 Abs. 1 InsVV). Hieraus sind Quoten zu bilden (§ 2 Abs. 1 InsVV). Da aber nicht wohl bei massearmen Verfahren die Vergütung gegen Null tendieren kann, mußte auch eine Mindestvergütung festgesetzt werden (§ 2 Abs. 2 InsVV). Diese Mindestvergütung war zunächst verfassungswidrig niedrig[75]. 343

Der Eigenverwalter empfängt keine Vergütung aus der Masse, weil er in seinen eigenen Angelegenheiten tätig ist. Aus demselben Grund bedarf es auch keiner besonderen Regelung zur Auslagenerstattung. Soweit der Eigenverwalter Aufwendungen unmittelbar aus der Masse deckt, hat es damit sein Bewenden. Falls er sein beschlagfreies Vermögen einsetzt, darf er sich unmittelbar Ausgleich aus der Masse nehmen. Der Eigenverwalter benötigt dazu (anders als der fremde Verwalter) keine besondere gesetzliche Ermächtigung, da die Masse sein eigenes Vermögen ist. Verschlossen ist ihm (von der Unterhaltsentnahme nach §§ 100, 278 InsO abgesehen) lediglich ein Zugriff auf Masse zur Deckung von Aufwendungen, die nicht der Masse zugute kommen. 344

Auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses empfangen gemäß §§ 73, 63 Abs. 2, 64 f. InsO in Verbindung mit §§ 17 f. InsVV Vergütung und Auslagenerstattung. 345

Besonders unübersichtlich ist die Finanzierung der Schuldnerberatungsstellen. Teils greift berufsspezifisches Vergütungsrecht (insbesondere § 44 RVG). Teils sind, von Land zu Land verschieden, Fallpauschalen aus Staatsmitteln und fallunabhängige Haushaltszuweisungen vorgesehen, teils sind die Schuldnerberatungsstellen auf eigene Quellen sowie auf Ausgleichszahlungen nach Sozialrecht (§ 11 Abs. 5 Sätze 3 und 4 SGB XII) angewiesen. 346

Jenseits einer Organschaft gewährt die Masse einzelnen Beteiligten punktuell Ersatz für Aufwendungen im Verfahrensinteresse (so in §§ 183 Abs. 3, 313 Abs. 2 Sätze 2 und 4 InsO). Daraus ist aber kein Ausgleich jeglicher verfahrensbedingter Aufwendungen abzuleiten. Insbesondere erhalten die Gläubiger keinen Ausgleich für die Kosten der Forderungsanmeldung (§ 174 InsO) und der Teilnahme an der Gläubigerversammlung. Unberührt bleibt freilich Ersatzpflicht nach den Regeln des bürgerlichen Rechts, namentlich als Verzugsschadensersatz (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). Selbst dies schließt aber § 310 InsO im Hinblick auf Kosten der Erstellung eines gerichtlichen Schuldenbereinigungsplans aus. 347

Große Teile der zuvor genannten Vergütungen und Auslagen sind als Verfahrenskosten im eröffneten Verfahren Masseverbindlichkeiten (§§ 53 Fall 1, 54 InsO). Von ihrer Höhe hängen die Eröffnung (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) und eine vorzeitige Beendigung ab (§ 207 Abs. 1 Satz 1 InsO). 348

7. Haftung von Organen und Organmitgliedern

Das Insolvenzverfahren fordert den Organen zahllose schwierige Entscheidungen ab. Viele müssen auf unklarer Tatsachengrundlage gefällt werden. Nicht wenige werden im Nachhinein als verfehlt erscheinen. Mitunter wird die Fehlentscheidung als ver- 349

73 Beispiel, worin die Vergütungsproblematik sich auch als Frage der Massearmut niederschlug: OLG Stuttgart, Beschluß vom 14. Januar 2000 – 8 W 374/99 und 375/99, DZWIR 2000, 109 ff., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2000, 113 f. Siehe exemplarisch ferner *Haarmeyer*, Die vergütungsrechtliche Berücksichtigung von Ab- und Aussonderungsrechten nach der InsVV, ZInsO 1999, 488 ff.

74 Siehe sogleich unter Rn. 351 ff.

75 BGH, Beschluß vom 15. Januar 2004 – IX ZB 96/03, NJW 2004, 941 ff., auf Art. 12 Abs. 1 GG bauend; allerdings nur Verwalterbestellungen ab 1. Januar 2004 betreffend; dazu *G. Pape*, NJW 2004, 1282 ff. Verfassungswidrigkeit der ursprünglichen Regelung auch für ältere Bestellungen annehmend AG Potsdam, Beschluß vom 26. März 2004 – 35 IN 68/03, NJW 2004, 1391 ff.

meidbar erscheinen. Dann erhebt sich die Frage nach Schadensersatz. Diese ist im großen und ganzen zweigleisig zu beantworten.

a) Fehlentscheidung des Gerichts

350 Schuldhafte Fehlentscheidungen des Gerichts muß das Land im Wege der Staatshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG wiedergutmachen. Das sogenannte Spruchrichterprivileg gemäß § 839 Abs. 2 BGB greift nicht ein, weil das Insolvenzgericht nicht erkennend tätig wird[76].

b) Haftung des Verwalters

351 Der Verwalter haftet allen Beteiligten aus seinem eigenen Vermögen auf Schadensersatz wegen schuldhafter Pflichtverletzung (§ 60 Abs. 1 InsO; §§ 274 Abs. 1, 313 Abs. 1 Satz 3, 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Die Haftung schützt nicht nur Schuldner und Insolvenzgläubiger als die im engen Sinne Beteiligten, sondern alle im weiten Sinne Beteiligten, mit denen er im Rahmen seiner Pflichterfüllung in Berührung kommt. Die Beweislast zum Verschulden liegt beim Anspruchsteller, da das Merkmal als anspruchsbegründend formuliert ist.

352 Maßstab für die Wahrnehmung der Verwalteramtspflichten ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Verwalters (§ 60 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das kann mehr oder weniger sein als der (sich namentlich aus §§ 276 BGB, 347 HGB ergebende) Sorgfaltsmaßstab des Schuldners. Die Haftung für die noch vom Schuldner eingestellten Gehilfen des Verwalters (wegen Fortbestandes der Arbeitsverträge siehe § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO) ist gegenüber § 278 BGB eingeschränkt (§ 60 Abs. 2 InsO). Die Beschränkung gilt weder für neu zulasten der Masse eingestelltes noch für das eigene Personal des Verwalters. Man wird sie aber auch dann anwenden können, wenn der Verwalter das alte Dienstverhältnis (nicht allzu stark) verändert, ein auslaufendes Dienstverhältnis verlängert oder es nach kurzer Unterbrechung neu begründet.

353 Eine **besondere Ausprägung der Verwalterhaftung** enthält § 61 InsO (§§ 277 Abs. 1 Satz 3, 313 Abs. 1 Satz 3, 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO) zugunsten enttäuschter Massegläubiger (§§ 55 Abs. 1, Abs. 2 InsO). Zu ersetzen ist nach dem Zweck der Vorschrift das negative Interesse. Sie schützt die Geschäftspartner, in ihrem Vertrauen darauf, daß der Verwalter die Leistungsfähigkeit der Masse richtig einschätzte und nur nach Maßgabe genügender Leistungsfähigkeit die Masseverbindlichkeiten erzeugte. Der Vertrauensschaden ist nicht mit dem Erfüllungsinteresse (dem Nichterfüllungsschaden) in eins zu setzen (wenn er auch einmal zufällig auf den gleichen Betrag hinauslaufen mag).[77] In der Haftung nach § 61 InsO liegt die Beweislast zum Verschulden beim Verwalter, da das Merkmal als anspruchsausschließend erscheint (§ 61 Satz 2 InsO). Der Verwalter entlastet sich insbesondere durch Vorlage von Liquiditätsplänen, welche er im Laufe des Verfahrens aufstellte, ständig prüfte und fortwährend aktualisierte, sofern diese Pläne eine realistische Fortführungschance ergaben, als der Verwalter eine später die Masse überfordernde Verbindlichkeit begründete[78].

76 Siehe für Beschluß zur Konkurseröffnung BGH, Urteil vom 2. April 1959 – III ZR 25/58, NJW 1959, 1085. Vgl. oben Rn. 252. Ausdrücklich der Bestellung des Insolvenzverwalters spricht BVerfG, Beschluß vom 23. Mai 2006 – 1 BvR 2530/04, KTS 2007, 81, 83 f., die Eigenschaft als Rechtsprechung ab und scheint auch den Eröffnungsbeschluß insgesamt nicht als Rechtsprechung ansehen zu wollen. Siehe auch die Anmerkungen *Vallender*, NJW 2006, 2597 f., und *Würschinger*, KTS 2007, 91, 93 ff.

77 Zur Ausrichtung von § 61 InsO auf das negative Interesse siehe BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – IX ZR 48/03, ZIP 2004, 1107, 1111 ff. = KTS 2005, Heft 4, mit Anm. *Gsell*, KTS 2005, Heft 4, und *Prager*, KTS 2005, Heft 4.

78 BGH, Urteil vom 17. Dezember 2004 – IX ZR 185/03, ZInsO 2005, 205, 206 f.

Die **Verjährung** (§ 194 BGB) der aus §§ 60 f. InsO folgenden Ansprüche ist in § 62 InsO in einzelnen Punkten besonders geregelt. Im übrigen gelten die Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. 354

Von der Verwalterhaftung zu unterscheiden ist die Haftung der Masse gegenüber den Gläubigern aus den bei Eröffnung vorhandenen oder durch Verwalterhandeln entstehenden Schuldverhältnissen. Insoweit führt der Verwalter an Stelle des Schuldners dessen Sorgfaltsmaßstab (vor allem §§ 276 BGB, § 347 HGB) schlicht weiter. Im Ergebnis spielt es keine Rolle, ob man das Verwalterhandeln dem Schuldnerhandeln in bezug auf die Masse schon wegen § 80 Abs. 1 InsO gleichstellt oder ob man § 85 Abs. 2 ZPO über § 4 InsO entsprechend anwendet oder § 31 BGB analog[79]. 355

Es ist wegen der je eigenen Formulierung von Sorgfaltsanforderungen denkbar, daß eine den Schuldner zusätzlich belastende Massehaftung aus Verwalter-Versagen ohne Regreß nach § 60 InsO entsteht. Die Masse haftet nach den allgemeinen Regeln des § 278 BGB für die in ihren Angelegenheiten tätigen Erfüllungsgehilfen, seien sie noch vom Schuldner engagiert, seien sie vom Verwalter engagiert. Es gelten auch Sonderregeln wie etwa die Leutehaftung im Frachtgeschäft nach § 428 HGB fort. Die Fehler eigener Gehilfen des Verwalters muß der Schuldner sich jedoch nicht zurechnen lassen, solange der Verwalter sie nicht (auch) als Erfüllungsgehilfen in der Masse einsetzt. 356

Nicht von vornherein ausgeschlossen ist **Haftung des Insolvenzverwalters auch** nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts über Schadensersatz wegen Pflichtverletzung in Schuldverhältnissen (insbesondere § 280 Abs. 1 BGB). In Erwägung zu ziehen sind namentlich das mit dem Eintritt in die Verwalterfunktion entstehende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen ihm und den Beteiligten sowie die zwischen Beteiligten und der Masse bestehenden oder sich anbahnenden Schuldverhältnisse, zu denen der Verwalter im Sinne von § 311 Abs. 3 BGB in eine Drittbeziehung mit eigener Vertrauenshaftung geraten kann[80]. Allerdings wird man zu fragen haben, ob nicht die Vorschriften der §§ 60, 61 InsO als Spezialregelungen den Zugriff auf die allgemeinen Haftungsregeln verschließen. Diese Frage zu bejahen, besteht indessen keine Veranlassung. Im Ergebnis werden sich aus Mehrgleisigkeit der Haftung ohnehin kaum Abweichungen ergeben. Wegen der Verjährung sollte, wer die Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB herleitet, § 62 InsO analog hinzuziehen, um die unmittelbare Anwendung bei §§ 60, 61 InsO nicht zu unterlaufen; die Differenzierungen des § 199 BGB entfallen damit. 357

Für den **Eigenverwalter** hat der Gesetzgeber keine Verweisung auf die Haftungsregelung für den Insolvenzverwalter und auch keine besondere Haftungsregelung geschaffen. Es bleibt bei der gewöhnlichen Verantwortlichkeit des Schuldners als solchen. 358

Auch die Haftung des **Treuhänders** im Restschuldbefreiungsverfahren ist weder durch Verweisung noch gesondert geregelt. Haftung auf sorgfältige Amtsausübung läßt sich aber aus dem Gesichtspunkt eines besonderen Schuldverhältnisses zu Schuldner und Gläubigern begründen. Anspruchsgrundlage für Schadensersatz ist positive Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB).[81] 359

c) Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses

Die Mitglieder der Gläubigerversammlung trifft als solche keine besondere Haftungsbestimmung, wohl aber die Mitglieder des Gläubigerausschusses (§ 71 InsO). 360

79 § 31 BGB analog bei *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 60 InsO, Rn. 2.

80 So sieht OLG Schleswig, Urteil vom 31. Oktober 2003 – 1 U 42/03, NJW 2004, 1257 f., den schwachen vorläufigen Verwalter in der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB, wenn er gegenüber Geschäftspartnern fälschlich den Eindruck erweckt, weitere Verbindung würde Masseverbindlichkeiten entstehen lassen, was in Wahrheit gemäß § 55 Abs. 2 InsO nur beim starken vorläufigen Verwalter der Fall wäre.

81 Siehe *Römermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 292 InsO, Rn. 63 ff.

d) Gebündelte Inanspruchnahme

361 Soweit das Fehlverhalten als Masseschmälerung alle Insolvenzgläubiger betrifft, werden die Ersatzansprüche in der Hand des Verwalters gebündelt und füllen so die Masse wieder auf (§ 92 Satz 1 InsO). Die Regelung verhindert, daß der mit dem Insolvenzverfahren unterbundene Wettlauf der Gläubiger wegen des Schadensersatzes von neuem ausbricht.[82]

362 **Richten sich die Ansprüche gegen den Verwalter selbst,** kann sie nur ein neuer Verwalter durchsetzen (§ 92 Satz 2 InsO). Dazu bedarf es in Ermangelung einer ausdrücklich von der Insolvenzordnung bereitgestellten Alternative eigentlich der Auswechslung nach § 59 Abs. 1 InsO. Dies wird jedoch häufig unverhältnismäßig sein. Deswegen wird man in Anlehnung an die Ergänzungspflegschaft (§ 1909 BGB) als milderes Mittel die vorübergehende Ernennung eines **Sonderinsolvenzverwalters** billigen können[83].

IV. Aufgabenverteilung zwischen Beteiligten und Organen

363 Die Insolvenzordnung konzipiert ein möglichst staatsfreies, möglichst weit in der Hand eines professionellen Managers liegendes und im übrigen möglichst weit von den Beteiligten selbst gestaltetes Verfahren. Insgesamt dürfte die unterste Grenze dessen erreicht sein, was noch als Erfüllung staatlicher Justizgewährpflicht bezeichnet werden kann. Nachstehende Auflistungen erheben bei weitem keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern sollen nur einen Eindruck von der Vielfalt der Befugnisse und Aufgaben um Insolvenzen vermitteln. Dabei tritt auch zum Vorschein, daß manche Angelegenheit nicht exklusiv in die Hand eines Beteiligten oder eines Organes gelegt ist.

1. Befugnisse und Aufgaben des Schuldners:

364
- Recht zum Eröffnungsantrag (§ 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO), gelegentlich Antragspflicht (insbesondere § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO für die juristische Person; das Organ des Schuldners treffend);
- Abwehr fremden Eröffnungsantrages (§ 34 Abs. 2 InsO);
- Verlust der Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) mit Eröffnung (§ 80 Abs. 1 InsO) nebst Herausgabepflicht (siehe § 148 Abs. 2 InsO); Ausnahme bei Eigenverwaltung (§ 270 InsO);
- teilweiser oder gänzlicher Verlust von Verfügungsgewalt gegebenenfalls schon im Eröffnungsverfahren (§§ 21 f. InsO);
- unberührt Verfügungsgewalt
  - über beschlagfreies Vermögen (siehe §§ 35 f. InsO);
  - über ihm als Unterhalt überlassene Mittel (§ 100 InsO; § 278 InsO);
  - über Rechte, die keinen Vermögenswert haben (Persönlichkeitsrechte, Familienrechte);
- Mitwirkung bei Vermögenserschließung (Kooperationspflicht nach § 97 InsO; bereits im Eröffnungsverfahren nach §§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 3 InsO);

82 Näher unten Rn. 1072 ff.
83 *Wittkowski*, in: *Nerlich/Römermann*, § 92 InsO, Rn. 15. Siehe auch oben Rn. 317.

  - Mitwirkung von Organen und Angestellten (§ 101 InsO; § 20 Abs. 1 Satz 2 InsO);
  - Schuldner, Organe, Angestellte werden eventuell unter Druck gesetzt (§§ 98 f., 101 Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO; §§ 20 Abs. 1 Satz 2, 22 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 InsO);
- Mitwirkung bei Feststellung angemeldeter Forderungen (§ 176 InsO);
- Teilnahme auch an allen anderen Gläubigerversammlungen (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Initiative zur Einstellung (§ 213 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- Vorlage eines Insolvenzplanes (§ 218 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO);
- im Kleinverfahren außergerichtlicher Schuldenbereinigungsversuch und Entwurf eines Schuldenbereinigungsplanes (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 und 4 InsO).

2. Befugnisse und Aufgaben von Gläubigern je für sich (es betrifft nicht alles einen jeden Gläubiger):

- Recht zum Eröffnungsantrag (§ 13 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO); **365**
- Wahrnehmung der eigenen Forderung (insbesondere Anmeldung einer Insolvenzforderung nach § 174 InsO);
- Initiative zur Einberufung der Gläubigerversammlung (§ 75 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 InsO);
- Mitwirkung bei Feststellung angemeldeter Forderungen (§ 176 InsO);
- Teilnahme auch an allen anderen Gläubigerversammlungen (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Initiative zur Abberufung des Eigenverwalters (§ 272 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren (§ 292 Abs. 3 InsO);
- Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO im Kleinverfahren (§ 313 Abs. 2 Satz 1 InsO); nicht im Normalverfahren;
- Verwertung (§ 173 Abs. 1 InsO; § 313 Abs. 3 InsO); betrifft einige Absonderungsberechtigte;
- Mitwirkung bei Entscheidung über die Verwertung (§ 168 InsO); betrifft einige Absonderungsberechtigte;
- Zustimmung zur Einstellung des Insolvenzverfahrens (§ 213 InsO).
- Zusammenschluß zu sogenanntem »Pool« zwecks Vermeidung von Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten; Auftritt dann mit der Summe der zusammengeworfenen Rechte und interner Erlösverteilung (im Gesetz nicht eigens vorgesehen, aber auch nicht in §§ 80 ff. InsO ausgeschlossen; es gelten die Regeln für einzelne Gläubiger).

3. Befugnisse und Aufgaben des Insolvenzgerichts (teils beim Richter, teils beim Rechtspfleger):

- Vorläufige Maßnahmen im Eröffnungsverfahren zur Sicherung der Masse einschließlich Bestellung vorläufigen Verwalters (§§ 21 f. InsO, 344 InsO); **366**
- Eröffnung oder Nichteröffnung (§§ 26 ff. InsO);

- Stundung (§§ 4a ff. InsO);
- Aufhebung oder Einstellung (§§ 200, 207 ff. InsO);
- Anordnung einer Nachtragsverteilung (§ 203 Abs. 1 InsO);
- Ankündigung oder Versagung der Restschuldbefreiung (§§ 291 Abs. 1, 290 InsO);
- Erteilung oder Versagung der Restschuldbefreiung (§§ 300, 296 bis 298 InsO);
- Widerruf der Restschuldbefreiung (§ 303 InsO);
- Bestellung von Organen (Verwalter; Eigenverwalter und Sachwalter; Treuhänder für Restschuldbefreiungsverfahren; Treuhänder für Kleininsolvenzverfahren; vorübergehender Gläubigerausschuß vor erster Gläubigerversammlung; §§ 56 Abs. 1, 270 Abs. 1 Satz 1, 274 Abs. 1, 287 Abs. 2 Satz 1, 313 Abs. 1, 21 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2, 22 InsO; § 67 Abs. 1 InsO);
- Bindung des Eigenverwalters an Zustimmung des Sachwalters (§ 277 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- Festsetzung von Vergütungen und Auslagenerstattungen (§ 64 Abs. 1 InsO; §§ 22 Abs. 2 Nr. 1, 274 Abs. 1, 313 Abs. 1 Satz 3, 293 Abs. 2 InsO; § 73 Abs. 2 InsO);
- Aufsicht über Verwalter und Entlassung (§§ 58 f. InsO; §§ 274 Abs. 1, 313 Abs. 1, 292 Abs. 3, 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO);
- Kommunikation durch
  - Bekanntmachungen (zum Beispiel §§ 30 Abs. 1, 215 Abs. 1 Satz 1 InsO; § 345 InsO; allgemein § 9 InsO);
  - Unterrichtungen (zum Beispiel Art. 40, 42 EuInsVO; § 215 Abs. 1 Satz 2 InsO);
  - Mitteilungen und Eintragungsersuchen an Registergerichte und Mitteilungen an sonstige Stellen (§§ 31 bis 33 InsO; § 346 InsO; XIIa MiZi);
  - Zustellungen (z.B. § 30 Abs. 2 InsO; allgemein § 8 InsO);
  - Bereithaltung von Unterlagen zur Einsicht; zum Beispiel
    - Masseverzeichnis, Gläubigerverzeichnis, Vermögensverzeichnis (§ 154 InsO);
    - Tabelle angemeldeter Forderungen (§ 175 Abs. 1 Satz 2 InsO);
    - Entwurf zum Insolvenzplan (§ 234 InsO);
    - Entscheidungen zur Reichweite des Massebeschlages (§§ 35 Abs. 2 Satz 3, 36 Abs. 4 Satz 1 InsO);
- vereinzelt Anordnungen zur Massesicherung (§ 149 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- vorläufige Sperre bedeutsamer Maßnahmen (§ 161 Satz 2 InsO);
- Einberufung und Leitung der Gläubigerversammlung (§§ 74 Abs. 1 Satz 1, 76 Abs. 1 InsO);
- Korrektur von Entscheidungen der Gläubigerversammlung (§ 78 InsO);
- Lenkung
  - des Insolvenzplanverfahrens (§§ 217 ff. InsO);
  - des gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuchs im Kleininsolvenzverfahren (§§ 306 ff. InsO);
- Vorabprüfung und Bestätigung eines Insolvenzplanes (§§ 231, 248 InsO);
- Ersetzung fehlender Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan (§ 309 InsO);

- Aufgaben des Vollstreckungsgerichts bei Nutzung
  - des Eröffnungsbeschlusses als Titel (§ 148 Abs. 2 InsO);
  - des Tabellenauszuges (gegebenenfalls in Verbindung mit dem Insolvenzplan) als Titel (§§ 201 f., 257 InsO).

Auf den ersten Blick erstaunt, daß das Gericht in privatautonome Bewältigung von Insolvenz (Insolvenzplan, Schuldenbereinigungsplan) stärker inhaltlich eingebunden ist als in die Zerschlagung. Bei Liquidation des Schuldnervermögens hat das Gericht fast keine Berührung mit den über die Vermögensbestandteile zu fällenden Entscheidungen. Dies liegt aber daran, daß der Gesetzgeber die Zerschlagung inhaltlich von vornherein detaillierter festgelegt hat als die privatautonomen Lösungen, denen er möglichst wenig vorgreifen will. Das Gericht achtet denn auch bei den von gesetzlicher Liquidation abweichenden Lösungen nur auf die Einhaltung gewisser Grenzen. 367

4. Befugnisse und Aufgaben des Verwalters:

a) Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter 368

- übernimmt Verfügungsgewalt hinsichtlich Masse (§ 80 Abs. 1 InsO); Konsequenzen für Verfügungen des Schuldners oder sonstige Abflüsse und Zuflüsse in §§ 81 ff. InsO;
- kann allein noch Verpflichtungen zu Lasten der Masse begründen (vgl. § 55 Abs. 1 InsO; »verfügen« im Sinne von § 80 Abs. 1 InsO schließt verpflichten ein);
- nimmt Masse in Besitz (§ 148 Abs. 1 InsO); notfalls mittels Zwangsvollstreckung (§ 148 Abs. 2 Satz 1 InsO);
- bewirtschaftet Masse (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO); auch wenn mit Absonderungsrechten behaftet (§ 172 InsO);
- führt schwebende Geschäfte fort oder beendet sie (§§ 103 ff. InsO);
- reichert Masse an
  - durch Anfechtung (§§ 129 ff. InsO);
  - auf andere Weise (zum Beispiel Widerruf oder Rückgabe bei Verbraucher-Rechtsgeschäften nach §§ 358 ff. BGB; Rücktritt nach §§ 346 ff. BGB, Kündigung nach § 489 BGB, Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB);
- führt Buch über Massebewirtschaftung nach Handelsrecht und Steuerrecht (§ 155 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- bewirkt internationale Kommunikation (Art. 21, 22 EuInsVO);
- kooperiert international (Art. 31 EuInsVO; § 357 InsO);
- nimmt international Gläubigerrechte, einschließlich Forderungsanmeldung, wahr (Art. 32 Abs. 2, Abs. 3, Art. 36 EuInsVO);
- ist Partei kraft Amtes (vergleiche § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO), das heißt in seiner Rolle als Vermögenshüter, Bewirtschafter und Liquidator; ist dies aber nicht mehr bei etwaiger Insolvenzplanüberwachung (§§ 261 ff. InsO); denn Verwalter hat jetzt keinen Zugriff mehr auf das Vermögen des Schuldners;
- setzt als Partei kraft Amtes gegebenenfalls Prozesse des Schuldners fort (§§ 85 f. InsO); bei schwacher Masse eventuell mit Prozeßkostenhilfe (siehe § 116 Abs. 1 Nr. 1 ZPO);

- beginnt oder erleidet als Partei kraft Amtes im Rahmen der Bewirtschaftung gegebenenfalls neue Prozesse oder Mahnverfahren (insbesondere gegen säumige Drittschuldner oder durch ungeduldige Massegläubiger)[84]; eventuell mit Prozeßkostenhilfe;
- erstellt Verzeichnisse und berichtet den Gläubigern (§§ 152 ff., 156 InsO);
- führt Tabelle anzumeldender Insolvenzforderungen (§§ 174 f. InsO);
- wirkt mit bei Feststellung angemeldeter Forderungen (§ 176 InsO); gegebenenfalls bei streitiger Klärung (§§ 179 ff. InsO);
- macht Forderungen von Gläubigern geltend, soweit sie allgemein sind, damit der gegenüber dem Schuldner gestoppte Gläubigerwettlauf sich nicht bloß verlagert (§§ 92, 93 InsO);
- verwertet (§ 159 InsO); zum Teil auch dann, wenn das Gut mit Absonderungsrecht behaftet (§§ 165 f., 173 Abs. 2 InsO);
- verteilt Erlöse (§ 187 Abs. 3 Satz 1 InsO);
- zeigt Masseunzulänglichkeit an (§ 208 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- entwickelt gegebenenfalls Insolvenzplan (§§ 157 Satz 2, 218 InsO);
- überwacht, falls vorgesehen (§ 260 Abs. 1 InsO), Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 261 Abs. 1 Satz 1 InsO); ist dann wiederum berichtspflichtig (§ 261 Abs. 2 InsO).

b) Eigenverwalter

369 Der Eigenverwalter

- hat im Kern die Aufgaben des Verwalters; nämlich
  - Verwaltung und Verfügung (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO);
  - Berichte und Rechnungslegung (§ 281 InsO);
  - Klärung schwebender Geschäfte einschließlich der Verhältnisse zu den Arbeitnehmern (§ 279 InsO);
  - Verwertung (§ 282 Abs. 1 Satz 1 InsO);
  - Verteilung von Erlösen (§ 283 InsO);
- jedoch mit Einschränkungen betreffend
  - Tabellenführung (§§ 174 f., 270 Abs. 3 Satz 2 InsO);
  - Geltendmachen von Gesamtschäden und Gesellschafterhaftung (§§ 92, 93, 280 InsO);
  - Anfechtung (§§ 129 ff., 280 InsO);
  - Anzeige von Masseunzulänglichkeit (§§ 208, 285 InsO);
- entnimmt selbst Unterhalt (§ 278 InsO);
- ist vielfach an Sachwalter gebunden (§§ 275, 277, 279 Satz 3 InsO);
- soll unterhalb einer Bindung Einvernehmen mit dem Sachwalter herstellen (§§ 279 Satz 2, 282 Abs. 2 InsO).

84 Örtliche Zuständigkeit für Klagen gegen Verwalter nach § 12 ZPO mit § 19a ZPO abhängig vom Sitz des Insolvenzgerichts.

c) Sachwalter

Der Sachwalter 370

- beaufsichtigt den Eigenverwalter (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- entscheidet teilweise (§§ 275, 277, 279 Satz 3 InsO);
- soll teilweise vom Eigenverwalter um Einvernehmen gefragt werden (§§ 279 Satz 2, 282 Abs. 2 InsO).

d) Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren

Der Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren 371

- empfängt zu treuen Händen als Zessionar den pfändbaren Teil der Arbeitseinkünfte des Schuldners (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO) und zieht sie ein, notfalls mit gerichtlichen Schritten;
- oder zieht beim Schuldner Erträge aus dessen selbständiger Tätigkeit ein (§ 295 Abs. 2 InsO);
- zieht bestimmten (nicht allen) weiteren Zufluß an sich (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO);
- verteilt Erlös an Gläubiger (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- überwacht die Obliegenheiten des Schuldners (§ 292 Abs. 2 InsO mit §§ 295 f. InsO).

Als Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren ist der bisherige Insolvenzverwalter (oder der bisherige Treuhänder im Kleinverfahren) nicht mehr Partei kraft Amtes. Denn er hat nun keinen Zugriff mehr auf das Schuldnervermögen insgesamt. Allerdings hat er Zugriff auf die ihm zedierten Forderungen. Dieser Zugriff geht indessen über die Vermittlung der Rolle einer Partei kraft Amtes noch hinaus, indem der Treuhänder gemäß § 398 BGB zum Inhaber der Forderungen wird. 372

e) Treuhänder in der Kleininsolvenz

Der Treuhänder in der Kleininsolvenz 373

- hat grundsätzlich die Funktion des Insolvenzverwalters (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- jedoch sind ihm einige Aufgaben entzogen, nämlich
  - Anfechtung (§§ 129 ff. InsO), welche statt dessen ein beliebiger Insolvenzgläubiger wahrnimmt (§ 313 Abs. 2 Satz 1 InsO); das ist partielle Rechtsschutzverweigerung des Staates;
  - Verwertung von Absonderungsgut (§ 313 Abs. 3 InsO);
- hat Initiative zum Verzicht auf Verwertung (§ 314 Abs. 1 Satz 1 InsO).

f) Vorläufiger Insolvenzverwalter

Der vorläufige Insolvenzverwalter 374

- hat Aufgaben zwischen bloßer Begutachtung und völliger Verdrängung des Schuldners aus der Verfügungsgewalt wie nach eröffnetem Verfahren (§§ 21 f. InsO);
- je nach Anordnung durch das Insolvenzgericht (§§ 21 Abs. 1 Satz 1, 22 Abs. 2 InsO).

5. Befugnisse und Aufgaben der Gläubigerversammlung

375 Der Gläubigerversammlung obliegen

- Bestimmung eines Gläubigerausschusses (§ 68 InsO);
- Initiative zur Verwalterauswechslung (§ 70 Abs. 1 Fall 3 InsO; § 272 Abs. 1 Nr. 1 InsO);
- Berichtstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 156 InsO; gemäß § 312 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht im Kleinverfahren) mit Entscheidung über weiteren Fortgang (§ 157 InsO);
- Prüfungstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 2, 176 InsO);
- Beschluß über Unterhalt des Schuldners (§ 100 InsO) oder der persönlich haftenden Gesellschafter des Schuldners (§ 101 Abs. 1 Satz 3 InsO);
- Mitwirkung an weiteren wichtigen Maßnahmen des Verwalters (§§ 35 Abs. 2 Satz 3 Fall 2, 149 Abs. 3, 160, 161, 162 InsO), teils subsidiär gegenüber Gläubigerausschuß (§ 160 InsO), aber dann eventuell Überprüfung (§ 161 Satz 2 InsO);
- Initiative zur Bindung des Eigenverwalters an Zustimmung des Sachwalters (§ 277 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- Schlußtermin (§ 197 InsO); insbesondere für die Rechnungslegung des Verwalters (§ 66 InsO);
- Erörterungs- und Abstimmungstermin betreffend Insolvenzplan (§ 235 InsO); Abstimmungstermin auch separat möglich (§ 241 InsO);
- sonstige Termine nach Bedarf bzw. auf Verlangen (§ 75 InsO); zum Beispiel wegen
  - laufender Unterrichtung und Kontrolle der Verwaltertätigkeit (§ 79 InsO);
  - Betrauung des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren mit Überwachung der Schuldner-Obliegenheiten (§ 292 Abs. 2 InsO);
  - Betrauung eines Insolvenzgläubigers mit Anfechtung in Kleininsolvenz (§ 313 Abs. 2 Satz 3 InsO).

Versammlungstermine lassen sich verbinden (§ 29 Abs. 2 InsO; § 236 Satz 2 InsO) oder jedenfalls als unmittelbar aufeinanderfolgend bestimmen.

6. Befugnisse und Aufgaben des Gläubigerausschusses

376 Dem Gläubigerausschuß obliegen

- Initiative zur Einberufung der Gläubigerversammlung (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 InsO);
- Mitwirkung bei wichtigen Maßnahmen des Verwalters (§§ 35 Abs. 2 Satz 3 Fall 1, 149, 158, 160, 161 InsO);
- Mitwirkung bei wichtigen Maßnahmen des Eigenverwalters (§ 276 InsO);
- überhaupt Unterstützung und Überwachung des Verwalters (§ 69 InsO); diese Aufgabe nicht bloß dem Ausschuß insgesamt, sondern allen einzelnen Mitgliedern übertragen;
- Zustimmung zu einer Abschlagsverteilung und Bestimmung ihres Umfangs (§§ 187 Abs. 3 Satz 2, 195 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- Initiative zur Verwalterauswechslung (§ 59 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Stellungnahme

- zum Entwurf eines Insolvenzplanes (§ 232 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO);
- zum angenommenen Insolvenzplan (§ 248 Abs. 2 Fall 2 InsO);

• Beobachtung der Überwachung eines Insolvenzplanes (§ 261 Abs. 1 Satz 2 InsO), falls Überwachung vorgesehen (§ 260 Abs. 1 InsO).

§ 8 Betroffenes Vermögen: Insolvenzmasse

Literatur: *Barnert*, Die Personalfirma in der Insolvenz, KTS 2003, 523 ff.; *Ehricke*, Der Schuldbefreiungsanspruch in der Insolvenz des Befreiungsgläubigers, KTS 2008, 257 ff.; *Empting*, Immaterialgüterrechte in der Insolvenz, 2003; *Esser*, Urheberrechtliche Lizenzen in der Insolvenz, 2009; *Flitsch*, Lebensversicherungsverträge und Altersvorsorge als Teil der Insolvenzmasse. Ein Überblick über die aktuellen Änderungen durch das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge, ZVI 2007, 161 ff.; *von Gleichenstein*, Der Steuererstattungsanspruch als Bestandteil der Insolvenzmasse?, NZI 2006, 624 ff.; *Hintzen*, Zuständigkeitsfragen im Verbraucherinsolvenzverfahren – Anträge auf Erhöhung oder Ermäßigung der pfandfreien Beträge des Arbeitseinkommens –, Rechtspfleger 2000, 312 ff.; *Jacobi*, Das Grundpfandrecht der Bank bei fortdauernder Zahlung in der Insolvenz des Sicherungsgebers, ZVI 2008, 325 ff.; *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier*, Ausgewählte Probleme bei der Verwertung von Mobiliarsicherheiten, in: Kölner Schrift, S. 1083 ff.; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006; *Kluth*, Die freiberufliche Praxis »als solche« in der Insolvenz – viel »Lärm um nichts«?, NJW 2002, 186 ff.; *Lehmann*, Erbrechtlicher Erwerb im Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, 2006; *Meyer-Sommer*, Die Freigabe streitbefangener Forderungen im Regelinsolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH, 2007; *Müller*, Die echte Freigabe durch den Insolvenzverwalter im Spannungsfeld von gesetzlicher Prozeßstandschaft und Parteiwechsel, 2007; *Neuwinger*, Die handelsrechtliche Personenfirma in der Insolvenz, 2006; *Pieper*, Die Freigabe in der Insolvenz einer GmbH, 2007; *Runkel*, Probleme bei Neuerwerb in der Insolvenz, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 315 ff.; *Stahlschmidt*, Das Schicksal der Einkommensteuererstattung im Insolvenzverfahren, ZInsO 2006, 629 ff.; *Stickelbrock*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, WM 2004, 549 ff.; *Stillner*, Die Marke und sonstige Kennzeichenrechte im Insolvenzverfahren, 2006; *Uhlenbruck*, Die Firma als Teil der Insolvenzmasse, ZIP 2000, 401 ff.

I. Der Befriedigung dienende Vermögenswerte

377 1. Das Insolvenzverfahren **dient** der Befriedigung durch Geldzahlung[1]. Dazu ist ein umgrenzter Bestand von vermögenswerten Gütern notwendig. Dieses Vermögen ist die Insolvenzmasse. Sie übernimmt der Insolvenzverwalter in seine Verfügungsgewalt (§ 80 Abs. 1 InsO) zu Bewirtschaftung und Verwertung (§§ 148, 159 InsO), und um sie wird alternativ der Insolvenzplan errichtet (§ 217 InsO).

378 Insolvenzmasse ist gemäß § 35 Abs. 1 InsO das **gesamte bei Verfahrenseröffnung** (§ 27 Abs. 1 Satz 1 InsO) vorhandene **Vermögen des Schuldners** und (anders als früher nach § 1 Abs. 1 KO) außerdem das während des Verfahrens ihm **zufließende Vermögen**. Der Schuldner bleibt trotz der Beschlagnahme durch die Verfahrenseröffnung Inhaber der vorhandenen Güter (Eigentümer von Sachen, Forderungsinhaber, Inhaber einer Beteiligung usw.), und er wird Inhaber des Zuflusses. Das Verfahren nimmt ihm lediglich die Verfügungsgewalt. Erst mit der Verwertung wird der Schuldner Stück für Stück enteignet.

379 Die Masse **umfaßt** körperliche wie unkörperliche Gegenstände, Mobilien wie Immobilien. Einzelobjekte sind ebenso erfaßt wie Gesamtheiten (Gewerbebetriebe, Praxen, Kanzleien) einschließlich der ihnen vom Markt entgegengebrachten Wertschätzung (*good will*). Hält der Schuldner einen Gegenstand mit anderen in Gemeinschaft (§ 741 BGB), so fällt der Bruchteil in die Masse (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 InsO). Dies gilt auch für Miteigentum (§ 1008 BGB) sowie (mitsamt dem zugehörigen Son-

1 Oben Rn. 218.

dereigentum) für Wohnungs- oder Teileigentum (§ 1 WEG). Desgleichen befinden sich Gesellschaftsanteile in der Masse. Zur Masse gehören auch vermögenswerte Gegenstände ohne Rechtsqualität, wie etwa Ideen, welche gemäß § 453 Abs. 1 Fall 2 BGB verkäuflich sind. Was der Schuldner unverlangt als Verbraucher zugesandt erhielt, gehört ihm zwar nicht notwendig, zählt aber zur Masse, weil es der Absender nicht herausverlangen kann (§ 241a Abs. 1 BGB). Zur Masse in der Insolvenz einer Gesellschaft zählt ferner die Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft (z.B. gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG). Nicht hingegen zählt dazu eine Außenhaftung der Gesellschafter oder der Geschäftsführer; doch wird diese nach Maßgabe von § 93 InsO hineingezogen[2].

Die dem Befriedigungszweck entsprechende **Beschränkung des Beschlags** auf Vermögenswerte hält zahllose Rechtspositionen außerhalb des Insolvenzverfahrens. Unter anderem sind Persönlichkeitsrechte zu nennen, auch wenn sie sich (wie zum Beispiel durch Publikation von Tagebuchaufzeichnungen, Briefen, Bildnissen oder Überlassung der Namensbenutzung) kommerziell verwerten lassen. Die stofflichen Niederschläge der Persönlichkeit (Tagebuch, Photographie, Tonaufzeichnung) sind in der Masse, aber nicht ohne Zustimmung des Persönlichkeitsträgers verwertbar. Unsicher ist, ob die Firma (gemäß § 17 Abs. 1 HGB der Name, unter welchem der Kaufmann handelt) auch bei Gleichheit mit dem bürgerlichen Namen (§ 12 BGB) des Inhabers oder Gesellschafters oder eines Vorgängers soweit von der Person des Namensgebers abgerückt ist, daß sie nicht nur zur Masse zählt, sondern auch ohne Einschränkung (freilich bei Achtung des Konnexes mit dem Handelsgeschäft gemäß § 23 HGB) verwertbar ist[3]. Das gleiche Problem stellt sich bei Marken mit personalem Einschlag. Wegen seines Persönlichkeitsgehaltes fällt das im Ganzen verkehrsunfähige (§ 29 Abs. 1 UrhG) Urheberrecht (§ 11 Satz 1 UrhG) nicht in die Masse, wohl aber das als Nutzungsrecht vergebbare (§ 31 UrhG) Verwertungsrecht, namentlich das Recht zu Vervielfältigung, Verbreitung, Ausstellung, Wiedergabe (§ 15 UrhG). Doch bedarf die Verwertung der Einwilligung des Schuldners (siehe für Pfändung § 113 Satz 1 UrhG). Denn die Verbreitung des Werks geschieht nicht von vornherein abgelöst von der Urheberpersönlichkeit, sondern im Gegenteil bedarf es zur Verbreitung eines Entäußerungsaktes des Urhebers (§ 12 Abs. 1 UrhG), der durch seine Zustimmung ein Stück seiner Persönlichkeit preisgibt. Entsprechendes gilt für die urheberähnlichen Leistungsschutzrechte (§§ 70 ff. UrhG). Massefern sind überdies Familienrechte. 380

Auch ohne Bezug zum Persönlichkeitsrecht gibt es Rechte, die nur in der Person ihres Inhabers wahrnehmbar, unübertragbar und deshalb massefern sind, so wie sie der Gläubiger nicht in der Einzelzwangsvollstreckung greifen kann (§§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, 851, 857 ZPO, 399 Fall 1 BGB). Zu nennen ist beispielsweise die persönliche Dienstbarkeit ohne Vereinbarung der Ausübbarkeit durch andere (§ 1092 Abs. 1 BGB). Auch der Freistellungsanspruch (zum Beispiel nach § 257 BGB im Zusammenhang mit Aufwendungsersatz; oder des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber im Rahmen innerbetrieblichen Schadensausgleichs) ist als solcher unübertragbar. Erst wenn der Freistellungsberechtigte den Gläubiger befriedigt und deswegen vom Freistellungspflichtigen Aufwendungsersatz verlangen kann, hält er einen übertragbaren Vermögenswert in der Hand. Trotzdem gestattet man in der Einzelzwangsvollstreckung immerhin demjenigen Gläubiger den Zugriff, von eben dessen Anspruch der Freistellungspflichtige den Freistellungsgläubiger entlasten soll. Pfändet dieser Gläubiger den Freistellungsanspruch nach §§ 829, 857 ZPO, so wandelt er sich in einen Zahlungsanspruch gegen den Freistellungspflichtigen als Drittschuldner um[4]. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hebt diese Faßlichkeit des Freistellungsanspruchs nicht auf. Da aber die individuelle Befriedigung zugunsten gleichmäßiger Verteilung zurücktritt (§§ 1 Satz 1, 87 InsO), verfügt nun die Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) über einen Zahlungsanspruch gegen den Freistellungspflichtigen[5]. Der Gläubiger, von dessen Anspruch der Gemeinschuldner freigestellt werden sollte, genießt hieran kein Absonderungsrecht. 381

2 Unten Rn. 832, 848, 1067 ff.

3 Für weite Verwendung der Firma in der Masse *Uhlenbruck*, ZIP 2000, 401, 403; *Barnert*, KTS 2003, 523 ff. Übungsfall bei *Fezer*, Klausurenkurs im Handelsrecht,4. Aufl., 2006, S. 99 ff.

4 *Stöber*, in: *Zöller*, § 829 ZPO, Rn. 33, Stichwort »Schuldbefreiung«.

5 OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. September 2006 – I-5 U 6/06, NZG 2007, 273, 275.

Eine Ausnahme bildet nur das Absonderungsrecht des Geschädigten an der Entschädigungsforderung des Gemeinschuldners gegen seinen Haftpflichtversicherer (§ 110 VVG). Die bloße Vereinbarung von Unabtretbarkeit (§ 399 Fall 2 BGB) macht eine Forderung nicht gegen den Insolvenzbeschlag immun (§§ 851 Abs. 2 ZPO, 36 Abs. 1 Satz 1 InsO); doch bleiben schuldrechtliche Bindungen (§ 137 Satz 2 BGB) des Schuldners nach Maßgabe von §§ 103 ff. InsO erhalten.

382 Persönlichkeitsbezüge Dritter sind kein prinzipielles Hindernis für die Aufnahme von Gegenständen in die Masse. Sie müssen aber bei der Verwertung berücksichtigt werden. Deshalb ist die Verwertung des Kundenstamms eines Buchhändlers[6], Mandantenstammes eines insolventen Rechtsanwaltes oder der Patientenkartei eines insolventen niedergelassenen Arztes (getrennt oder zusammen mit der Kanzlei bzw. der Praxis im übrigen) nur mit den Zustimmungen der Kunden, Mandanten oder Patienten erlaubt.

383 Zu bemerken ist, daß nicht allein Ertrag aus der Bewirtschaftung (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO) des schon in Beschlag genommenen Vermögens zur Masse fließt. Dazu bedürfte es nicht der Erwähnung des während des Verfahrens Erlangten in § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO. Wenn etwa der Verwalter eine in Beschlag genommene Forderung einzieht, fließt die Leistung selbstverständlich in die Masse, weil sie nur Umsetzung des schon in der Masse vorhandenen Vermögenswertes ist. Um solche bloße Umsetzung möglichst weitgehend stattfinden zu lassen, werden sogar Vorauszessionen von Dienstlohnforderungen des Schuldners in dritte Hand zeitlich beschnitten (§ 114 Abs. 1 InsO – sofern sich nicht Entkräftung der Vorauszession bereits aus § 91 Abs. 1 InsO ergibt[7]). Auch Erlöse aus neuen Geschäften, welche der Verwalter um die Masse tätigt, sind kein Neuerwerb im Sinne von § 35 Abs. 1 Fall 2.InsO, denn die Möglichkeit des Erlöses ist ebenfalls bereits in der Masse angelegt. Der von § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO eigens angesprochene Neuerwerb ist vielmehr der Ertrag neuer Aktivitäten des Schuldners selbst und das ihm sonst außerhalb der Masse Zufallende. Insbesondere sind das Arbeitseinkünfte. Aber auch das nach Verfahrenseröffnung durch Erbschaft (§ 1922 Abs. 1 BGB) oder Vermächtnis (§ 1939 BGB), als Pflichtteil (§ 2303 BGB) oder Schenkung (§ 516 Abs. 1 BGB), durch Zugewinnausgleich (§§ 1371 ff. BGB; siehe zur Anspruchsentstehung mit Beendigung des Güterstandes anders als durch Tod § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB) oder aus Lotterie (§ 763 Satz 1 BGB) Erworbene zählt dazu. Es entsteht also kein freies Vermögen durch die beschlagfreien Aktivitäten des Schuldners, sondern alles wird zur Masse gezogen. Gibt allerdings der Verwalter eine vom Schuldner (der natürliche Person ist) ausgeübte selbständige Tätigkeit gemäß § 35 Abs. 2 InsO frei, so bleibt der Neuerwerb aus dieser Tätigkeit außerhalb der Masse[8]. Doch muß der Schuldner wie während einer Wohlverhaltensperiode vor der Restschuldbefreiung fiktive Arbeitseinkünfte in die Masse einzahlen (§ 295 Abs. 2 InsO mit § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO); hierbei fragt das Gesetz nicht nach der konkreten Ertragslage in der selbständigen Tätigkeit des Schuldners. Ebenfalls außerhalb der Masse bleiben bis auf weiteres Zahlungen, welche der Verwalter auf einem Anderkonto empfängt.[9]

384 2. Erst mit Verfahrenseröffnung kann angesichts der Definition in § 35 Abs. 1 InsO von Masse gesprochen werden. Gleichwohl schaut das Gesetz schon ab einem Insolvenzantrag (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) auf das möglicherweise in Beschlag zu nehmende Vermögen. Die künftige Masse kann gesichert werden (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO). Eine einstweilige Bewirtschaftung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO), welcher den Schuldner schon vor der Eröffnung aus seiner Verfügungsgewalt verdrängt (§§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 22 Abs. 1 Satz 1 InsO) erzeugt ebenso

6 Siehe OLG Saarbrücken, Urteil vom 8. November 2000 – 1 U 513/00-115, DZWIR 2001, 39 ff., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2001, 41 f.

7 Siehe näher unten Rn. 1141.

8 Siehe zu Freigabe und Neuerwerb unten Rn. 407 ff., 854, 858 ff.

9 Daher sind versehentliche Überzahlungen von dort zu erstatten, und der Verwalter darf den Rückfordernden nicht auf die eventuell unzulängliche Masse verweisen. Siehe BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 – IX ZR 192/07, ZIP 2009, 531.

Masseverbindlichkeiten, das heißt Forderungen aus Verkehr mit der Masse[10], wie die Tätigkeit des Verwalters nach Eröffnung (§ 55 Abs. 2 InsO neben § 55 Abs. 1 InsO).

3. Auch **streitbefangene Vermögenspositionen** gehören zur Masse, auf die der Verwalter die Hand legt: Schwebende Prozesse erleiden zwar Unterbrechung (§ 240 ZPO), können aber vom Verwalter aufgenommen werden (§§ 85 f. InsO; je nach Sicherungsmaßnahme gemäß 24 Abs. 2 InsO schon vor Eröffnung einschlägig). 385

II. Grenzen des Zugriffs

1. Räumlich

Zur Masse zählen die Vermögenswerte des Schuldners, wo immer sie sich befinden mögen. Selbst das auf dem Gebiet fremder Hoheit befindliche Gut wird erfaßt. Es gilt das **Universalitätsprinzip** (Art. 16 Abs. 1 Satz 1, 17 Abs. 1 EuInsVO)[11]. Welche auswärts belegenen Vermögensgegenstände das im einzelnen betrifft, ergibt sich gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe b EuInsVO aus dem nationalen Verfahrensrecht, für das von einem deutschen Insolvenzgericht eröffnete Verfahren also aus § 35 InsO und den damit zusammenhängenden Vorschriften. Außerhalb des Geltungsbereichs der europäischen Verordnung ist die Universalität ebenfalls gängige Übung. Der deutsche Gesetzgeber kann das allerdings nicht zu Lasten fremder Hoheit regeln, sondern lediglich in der Hoffnung auf Gegenseitigkeit die eigene Hoheit in Anerkennung eines auswärtigen Insolvenzverfahrens (§ 343 Abs. 1 Satz 1 InsO) mit seinen auswärtigen Regeln (§ 335 InsO) zurücktreten lassen. 386

Es gibt allerdings auch Insolvenzverfahren, die sich auf das im Hoheitsgebiet des Eröffnungsstaates befindliche Vermögen beschränken. Das sind die sogenannten **Territorialverfahren** (Art. 3 Abs. 2 bis Abs. 4 EuInsVO; § 354 InsO)[12]. 387

Im einzelnen kann Zweifel darüber erwachsen, ob sich ein Gegenstand innerhalb oder außerhalb des Territoriums befindet. Insbesondere bei unkörperlichen Gütern ist Meinungsverschiedenheit möglich. Gewissen Aufschluß gibt die Definition des Art. 2 Buchstabe g EuInsVO. Körperliche Gegenstände sind demnach (soweit nicht das Eigentum öffentlich registriert wird) vom Territorialverfahren erfaßt, wenn sie im Gebiet des Verfahrensstaates belegen sind. Fragen stellen sich bei grenzüberschreitender Streuung zusammengehöriger Bestandteile und bei grenzüberschreitenden Bewegungen kurz vor Verfahrenseröffnung, vor allem wenn bereits vorläufige Maßnahmen angeordnet waren. Im Zweifel ist immer der jeweilige Fundort maßgeblich, mag die Sache dorthin redlich oder unredlich verbracht sein. Doch kann es eine Verfolgungsmöglichkeit geben (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO). Ist das Eigentum oder eine Rechtsinhaberschaft zu registrieren, »befindet« sich das Eigentum oder das Recht nach Art. 2 Buchstabe g EuInsVO im Staat des Registers. Die Belegenheit einer Forderung soll sich gemäß Art. 2 Buchstabe g EuInsVO nach dem – weder an dieser Stelle noch in der herangezogenen Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO näher beschriebenen – Interessenmittelpunkt des Drittschuldners richten. Über die zahllosen sonstigen Vermögenswerte erfährt man aus der Definition nichts. Einige Interpretationserwartungen hegt Erwägungsgrund 13 zur Insolvenzverordnung. Juristischer Phantasie ist reichlich Gelegenheit zur Betätigung geboten. 388

10 Siehe oben Rn. 273 und unten Rn. 731 ff.
11 Siehe oben Rn. 123 ff., 208.
12 Siehe oben Rn. 127 f.

2. Zeitlich

389 Eine zeitliche Grenze für den Vermögenszufluß setzt § 35 Abs. 1 InsO nicht. Demnach müßte das Insolvenzverfahren unendlich andauern. Gemäß § 196 Abs. 1 InsO findet jedoch die letzte Verteilung schon statt, wenn der Bestand verwertet ist und nur noch laufendes Einkommen vorliegt. Ist diese Schlußverteilung vollzogen, hebt das Insolvenzgericht das Verfahren auf (§ 200 Abs. 1 InsO).

3. Gegenüber dem Vermögen Dritter

390 Die Masse ist gegenüber dem **Vermögen Dritter** abgegrenzt. Dritter ist etwa, wer dem Schuldner verbindlich ist; sein Vermögen zählt nicht zur Masse. Dritter ist, wer den Schuldner lediglich zur Veräußerung bevollmächtigte (§§ 164, 167 BGB) oder ermächtigte (§ 185 Abs. 1 BGB); der fragliche Gegenstand ist massefern. Umgekehrt entzieht allein Bevollmächtigung oder Ermächtigung eines Dritten durch den Schuldner, sofern noch nicht ausgeübt, den fraglichen Gegenstand nicht der Masse.

391 Dritter ist der **Aussonderungsberechtigte** (§ 47 InsO), der sein Gut zur Massebereinigung dem Verwalter entwindet[13]. Dafür spielt keine Rolle, ob der Gegenstand sich in der Rechtszuständigkeit des Schuldners befindet (Schuldner ist als Sicherungseigentümer bloß Treuhänder oder hat Forderung als Kommissionär inne gemäß § 392 Abs. 2 HGB) oder nicht (Schuldner ist Mieter oder Leihnehmer). Aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden sind auch Anwartschaften auf Leistung aus einer Lebensversicherung (§ 150 Abs. 1 VVG) oder der Anspruch auf Rückzahlung der Beiträge wegen Auflösung, sofern der Schuldner einem Dritten bereits ein (in Abweichung von § 159 VVG) unwiderrufliches Bezugsrecht einräumte[14] oder von vornherein den Dritten endgültig gemäß §§ 328, 330 Satz 1 Fall 1 BGB begünstigte. In der Masse verbleibt das an den insolventen Einkaufskommissionär (§ 383 Abs. 1 Fall 1 HGB) zu seinem Zwischenerwerb gelieferte Kommissionsgut, welches er nicht mehr vor Beschlagnahme an den Kommittenten (und sei es durch antizipierte Übereignung nach §§ 929 Satz 1, 930 BGB) weiterzuleiten vermochte. Auch der in der Handelskette bei **abgekürzter Lieferung** vom ersten an das letzte Glied sich von Glied zu Glied abspielende Geheißerwerb in weiter Auslegung von § 929 Satz 2 BGB[15] bricht beim insolventen Glied ab. Masseverlusten beugen (vorbehaltlich des Schutzes guten Glaubens) Erwerbs- und Befreiungsausschlüsse nach §§ 21 f., 24 Abs. 1, 80, 81, 84 Abs. 2, 89 bis 91 InsO vor.

392 Andererseits kann die Masse im Wege der insolvenzrechtlichen Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) angereichert werden[16]. Auch durch Wahrnehmung von Kündigungs-, Rücktritts-, Minderungs-, bürgerlich-rechtlichen Anfechtungs- oder Widerrufsrechten und durch Widerspruch gegen Lastschriftbuchungen auf dem Girokonto vermag der Verwalter die Masse anzureichern. Masseanreichernd wirken ferner die gegen Einzelvollstreckung gerichtete Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3, 321 InsO) sowie die Pflicht zur Herausgabe des während des Insolvenzverfahrens auswärts Erlangten an den Verwalter (Art. 20 Abs. 1 EuInsVO; § 342 Abs. 1 InsO).

393 Das zur **Ersatzaussonderung** (§ 48 InsO) bestimmte Gut ist einstweilen in der Masse. Auch **Absonderungsgut** (§§ 49 ff. InsO) gehört zur Masse. Die Ausstattung des Verwalters mit der

13 Näher unten Rn. 966 ff.

14 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 35 InsO, Rn. 58.

15 *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, § 4, Rn. 31 ff.; *Oechsler*, in: MünchKomm BGB, Band 6, § 929 BGB, Rn. 67 ff.

16 Näher unten Rn. 1005 ff. (§ 23).

Befugnis zur Verwertung von Absonderungsgut (§§ 165 f. InsO) ist bloß Massekonservierung, nicht Masseanreicherung.

Dritter ist der **Ehegatte** des Gemeinschuldners oder sein **Lebenspartner**. Freilich streitet auch 394
im Insolvenzverfahren die Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB oder des § 8 Abs. 1 LPartG zugunsten der Gläubiger. Die dem Vollstreckungsgläubiger günstige Gewahrsamsvermutung des § 739 Abs. 1 ZPO jedoch ist trotz § 4 InsO nicht auf das Insolvenzverfahren zu übertragen[17]. Dritte sind ferner persönlich haftende Gesellschafter einer insolventen offenen Handelsgesellschaft und der alleinige Inhaber und Geschäftsführer der insolventen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Umgekehrt steht nicht das Gesellschaftsvermögen unter Beschlag, wenn ein Gesellschafter in Konkurs fällt; vielmehr ist nur der Gesellschaftsanteil in der Masse. Ebensowenig zählt in der Insolvenz eines Konzerngliedes das Vermögen eines anderen zur Masse oder in der Insolvenz des Franchisegebers das Vermögen eines Franchisenehmers. Unbenommen bleibt die Feststellung, daß das wirtschaftliche Scheitern des Schuldners auch den Dritten in Insolvenz treibt, so daß ein zusätzliches (womöglich nach §§ 147 ZPO, 4 InsO anzubindendes) Verfahren entsteht.

Selbst wenn Dritte einzelnen oder allen Gläubigern gleichermaßen haften, so ist doch deren 395
Vermögen nicht Verfahrensgegenstand. Allerdings kann es sein, daß die Zahlungskraft der Dritten (der Schadensersatzpflichtigen oder der persönlich haftenden Gesellschafter) zur Stärkung der Masse eingesetzt wird, indem §§ 92 f. InsO den Verwalter an Stelle der Gläubiger zur Einziehung ermächtigen[18]. Dasselbe geschieht nach § 334 Abs. 1 InsO wegen der persönlichen Haftung von Eheleuten für Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1459 Abs. 2 Satz 1 BGB). Diese Regelungen verhindern, daß der mit dem Insolvenzverfahren gestoppte Befriedigungswettlauf der Gläubiger von neuem als Wettlauf um das Vermögen der Haftenden entflammt.

4. Innerhalb des Schuldnervermögens

Auch innerhalb der Rechtssphäre des Schuldners stößt das **Verfahren an Grenzen**. 396
Zum einen bleiben alle Rechte des Schuldners außer Beschlag, welchen kein Vermögenswert zukommt. Zum anderen sind Vermögenswerte ausgenommen, auf welche der Schuldner seine Fortexistenz gründet. § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO zieht die Zugriffsbeschränkungen der Einzelzwangsvollstreckung insgesamt entsprechend heran. Die besondere Verweisung auf die Beschränkungen der §§ 850 ff. ZPO für Forderungspfändungen in § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO ist nicht exklusiv, sondern präzisiert. Neben der **Schonung von Arbeitseinkünften** sind die Regeln zur **Unpfändbarkeit von Sachen** und zur **Austauschpfändung** (§§ 811 ff. ZPO) von zentraler Bedeutung.[19]

Dem Schuldner bleibt nach § 36 InsO eine bescheidene Lebens- und Arbeitsgrundlage für sich 397
und seine Angehörigen erhalten. Insbesondere bleiben seine Arbeitsmittel unberührt (§§ 811 Abs. 1 Nr. 4, 5, 7, 9 ZPO, 36 Abs. 1 Satz 1 InsO). Erst diese Grundlage ermöglicht überhaupt den weiteren Erwerb, welcher – soweit er die Grenzen des Vollstreckungszugriffs übersteigt – gemäß § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO zur Masse fließt. Sollten die Einkünfte des Schuldners zu schwach sein, empfängt er sogar Unterhalt aus der Masse (§§ 100, 278 Abs. 1 InsO).[20]

Einige Erweiterungen des Beschlages gegenüber dem Pfändungszugriff sieht § 36 Abs. 2 InsO 398
im Interesse reibungsloser Abläufe vor. Andererseits bleibt auch jenseits der Unpfändbarkeit außer Beschlag, was keinen nennenswerten Erlös verspricht (§ 36 Abs. 3 InsO); dies ist Parallelbildung zu § 812 ZPO.

17 Siehe unten Rn. 405.
18 Unten Rn. 1056 ff. (§ 24).
19 Wegen zusätzlicher Freigabe selbständiger Berufstätigkeit siehe oben Rn. 383 und unten Rn. 407 ff., 854, 858 ff.
20 Unten Rn. 861 ff.

399 Meinungsverschiedenheiten um den Insolvenzbeschlag klärt das Insolvenzgericht, so wie das in der Einzelzwangsvollstreckung Aufgabe des Vollstreckungsgerichts ist (§ 36 Abs. 4 Satz 1 InsO).

400 Die Beschränkungen des Beschlages gelten (erst recht) auch für vorläufige Maßnahmen (§§ 21 f. InsO). Mittelbar ist das an der Kompetenzregelung in § 36 Abs. 4 Satz 3 InsO abzulesen.

401 Die Bewahrung eines engen Verfügungsspielraums kann im Grundsatz nur den Fall betreffen, daß der Schuldner überhaupt eine Existenz außerhalb des insolventen Vermögens haben kann. Das trifft nur auf natürliche Personen zu. Andere Rechtsträger als natürliche Personen können zwar wie natürliche Personen auch Rechte innehaben, die nicht von Vermögenswert sind. Aber mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geraten nicht nur ihre Vermögen, sondern auch sie selbst als deren Träger in Liquidation (z.B. § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB betreffend oHG; § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG betreffend AG). So wie es für andere Vollstreckungsschuldner als natürliche Personen keine Pfändungsbeschränkungen gibt, gibt es keine Begrenzung des Beschlages zugunsten von Gemeinschuldnern, die nicht natürliche Person sind. Aus dem abzuwickelnden Vermögen einer Stiftung etwa wird keine Minimalausstattung abgezweigt, mit welcher der Stiftungszweck (§ 81 Abs. 1 Satz 2 BGB) weiterverfolgt werden kann. Totalabwicklung gilt auch für Vermögensmassen ohne Rechtsträgereigenschaft, welche das Gesetz besonders für konkursfähig erklärt (Nachlässe usw. nach § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO).

402 Die **scharfe Unterscheidung** zwischen natürlichen Personen und anderen Schuldnern bedeutet erheblichen Nachteil für denjenigen, welcher seinen Erwerb aus einer Gesellschaft zieht, der er seine Arbeitskraft als Geschäftsführer oder Arbeitnehmer zur Verfügung stellt. Insbesondere zahlt sich die durch einen einzelnen Selbständigen mögliche (§ 1 Fall 2 GmbHG) Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zwecks Haftungsbeschränkung oder Steuerersparnis (z.B. GmbH eines Handwerkers) bei deren Insolvenz als gänzlicher Verlust der Arbeitsmittel aus, falls diese zum Gesellschaftsvermögen zählen. Vorsichtige Gesellschaftsgründer werden viele Betriebsmittel außerhalb der ihrem Beruf dienenden Gesellschaft halten, sei es im Privatvermögen, sei es in einer weiteren Gesellschaft. Sie stellen die Sachen dann der aktiven Gesellschaft lediglich zur Nutzung zur Verfügung. Die Gegenstände zählen in der Insolvenz der aktiven Gesellschaft nicht zur Masse. Allerdings konnte früher ihre »Rettung« immer noch an den die Gläubiger schützenden Regeln über kapitalersetzende Geschäfte aus einer Zeit kritischer Kapitallage scheitern (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 InsO a.F., 32a Abs. 3 GmbHG a.F.; §§ 129a, 172a HGB a.F. betreffend oHG und KG ohne Haftung einer natürlichen Person; § 129 a HGB a.F. analog betreffend Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Haftung natürlicher Person[21]). Heute ist es ohne Anknüpfung an eine bei Überlassung bestehende Krise des Unternehmens dem Gesellschafter nach § 135 Abs. 3 InsO erschwert, überlassene Gegenstände aus der Masse auszusondern.

403 Die Frage einer Ausgliederung pfandfreien Vermögens bei anderen Gemeinschuldnern als natürlichen Personen stellte sich schon unter der Konkursordnung (§ 1 Abs. 1 KO) und betrifft seit langem unverändert die Einzelvollstreckung. Ansätze zur Überwindung der scharfen Grenzen zwischen den Vermögenssphären gab es namentlich beim Zugriff auf das Vermögen von Personengesellschaften[22]. Doch hat sich das nicht zu einer Regel entwickelt, wonach Gesellschaftern in der Einzelzwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft und in der Insolvenz der Gesellschaft diejenigen Stücke zur freien Verfügung zustehen, mit deren Benutzung sie bisher beruflich der Gesellschaft dienten. Wünschenswert wäre eine solche Regel. Sie ließe sich im Analogieschluß aus § 811 Abs. 1 Nr. 4, 5, 7, 9 ZPO erzeugen und durch § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO in das Insolvenzrecht übernehmen. Die Analogie wird von § 101 Abs. 1 Satz 3 InsO unter-

21 BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 – II ZR 213/07, ZInsO 2009, 530 ff.

22 OLG Oldenburg, Beschluß vom 5. Juli 1963 – 2 W 20/63, NJW 1964, 505 (Zwangsvollstreckung gegen oHG); *Noack*, Die Kommanditgesellschaft (KG) im Prozeß und in der Vollstreckung, DB 1973, 1157, 1158, für BGB-Gesellschaft, in der alle Gesellschafter persönlich wirken; *Gruber*, in: MünchKomm ZPO, Band 2, § 811 ZPO, Rn. 38, für oHG und KG, sofern bei allen Mitgliedern persönlicher Einsatz überwiegt; *Gruber*, a.a.O., und *Stöber*, in: *Zöller*, § 811 ZPO, Rn. 26, für GmbH mit Alleingesellschafter als Geschäftsführer und für Personengesellschaft, in der alle Gesellschafter selbst agieren. Ablehnend *Thomas/Putzo*, § 811 ZPO, Rn. 18.

stützt; diese Vorschrift überspringt zur Deckung des Lebensunterhaltes natürlicher Personen, die Organ der insolventen Gesellschaft sind und für sie persönlich haften, ebenfalls die Grenzen zwischen den Vermögenssphären. Wenn nach allem einem Gesellschafter Gegenstände aus dem Vermögen der insolventen Gesellschaft ausgehändigt werden, muß er sich dies auf die (äußerst unwahrscheinliche) Überschußauskehr nach § 199 Satz 2 InsO anrechnen lassen.

404 Weitere **Abgrenzungen von Sphären innerhalb eines Vermögens** ergeben sich aus gesamthänderischen Bindungen. Die Insolvenz eines Erben erfaßt zwar seinen Erbteil als eine Einheit[23], aber weder die von den mehreren Erben gehaltene Erbmasse (§ 2032 Abs. 1 BGB) insgesamt noch (ganz oder anteilig) ihre Bestandteile. Trennlinien verlaufen auch in der Nachlaßinsolvenz, in der Insolvenz des Gesamtgutes fortgesetzter Gütergemeinschaft und in der Insolvenz des von beiden Ehegatten gemeinschaftlich verwalteten Gesamtgutes (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO) zwischen den insolventen Vermögensmassen und den übrigen Vermögen der Betroffenen. Komplikationsbehaftet ist des weiteren die Insolvenz der in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute: Die Insolvenz nur eines Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartners erfaßt nicht das gemeinsam verwaltete Gesamtgut (§ 37 Abs. 2 InsO[24]; unberührt bleibt die Haftung des Gesamtgutes nach § 1459 Abs. 1 BGB, gegebenenfalls mit § 7 Satz 2 LPartG). Auch die Insolvenz des nicht verwaltenden Ehegatten (vgl. § 1421 Satz 1 Fall 2 oder Fall 3 BGB) läßt das Gesamtgut unberührt (§ 37 Abs. 1 Satz 3 InsO; unbenommen bleibt die Haftung des Gesamtgutes nach § 1437 Abs. 1 BGB). Hingegen zieht die Insolvenz des allein verwaltenden Ehegatten oder Lebenspartners das Gesamtgut an sich (§ 37 Abs. 1 Satz 1 InsO), und zwar ohne Auseinandersetzung (§ 37 Abs. 1 Satz 2 InsO). Wenn bei gemeinschaftlicher Verwaltung beide Ehegatten in Konkurs fallen, kann im Wege der Verfahrensverbindung auch eigentlich massefernes Gesamtgut einbezogen werden.

405 Keine Grenzziehung innerhalb des Schuldnervermögens, sondern **Grenzziehung zu einem fremden Vermögen** ist es, wenn von zwei Eheleuten, die im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft leben (§ 1363 Abs. 1 BGB), nur einer in Konkurs fällt. Die Trennung der Vermögensmassen (§ 1363 Abs. 2 Satz 1 BGB) bleibt auch in der Insolvenz unangetastet. Allerdings greift auch in der Insolvenz die gläubigerbegünstigende Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB.[25] Zu beachten ist, daß für diese Vorschrift gemeinsamer Besitz genügt. Verfahrensrechtlicher Ergänzung für den Konkurs, wie sie § 739 Abs. 1 ZPO für die Einzelvollstreckung betreffs des Gewahrsams liefert, bedarf es in der Insolvenzordnung nicht, weil der Insolvenzbeschlag von vornherein unabhängig vom Gewahrsam des Schuldners wirkt. Auch gehören häufig trotz grundsätzlicher Trennung der Vermögensmassen einzelne Gegenstände den Eheleuten gemeinsam (§§ 741, 1008 BGB). Der Bruchteil des insolventen Ehegatten fällt in die Masse. Die vor Beendigung der Zugewinngemeinschaft bloß bestehende Anwartschaft auf Zugewinnausgleich nach §§ 1363 Abs. 2 Satz 2, 1371 ff. BGB ist hingegen kein vermögenswerter Massegegenstand. Sogar der entstandene Ausgleichsanspruch ist gemäß §§ 852 Abs. 1, Abs. 2 Fall 2 ZPO, 36 Abs. 1 Satz 1 InsO erst mit vertraglicher Anerkennung oder Rechtshängigkeit massezugehörig.

406 Ähnlich wie bei Eheleuten wirkt auch bei eingetragener Lebenspartnerschaft eine Eigentumsvermutung zugunsten der Insolvenzmasse (§ 8 Abs. 1 Satz 1 LPartG). Besteht Ausgleichgemeinschaft nach der ursprünglichen Konzeption des Lebenspartnerschaftsgesetzes, bleiben die Vermögenssphären getrennt (§ 6 Abs. 2 Satz 1 LPartG a.F.), und zwar auch in der Insolvenz. Dasselbe gilt, wenn nach aktueller Fassung die Lebenspartner wie Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft leben (§ 6 Satz 1 LPartG). Wie bei Eheleuten können sich aber auch bei Lebenspartnern einzelne Objekte in Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741, 1008 BGB) befinden.

23 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 35 InsO, Rn. 62.

24 § 37 InsO spricht nur von Eheleuten. Dies ist ein Redaktionsversehen. Der Gesetzgeber hat in § 7 Satz 2 LPartG eingetragene Lebenspartner und Eheleute hinsichtlich der Gütergemeinschaft gleichgestellt. Das schlägt, wie in § 318 Abs. 3 InsO ersichtlich, auf das Insolvenzverfahren durch. Vgl. oben Rn. 295 und unten Rn. 430, 1056.

25 Siehe schon oben Rn. 394.

III. Freigabe

407 Gegenstände, welche nicht schon kraft Gesetzes beschlagfrei sind, kann der Verwalter dem Schuldner freigeben, das heißt ihm die Verfügungsgewalt zurückgewähren. Dies hat das Gesetz nicht eigens allgemein geregelt. Es weist aber in § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO wegen Streichung eines Konkursvermerks im Grundbuch auf diese Befugnis hin. Eine weitere Freigaberegelung enthält § 35 Abs. 2 Inso für den Fall, daß der Schuldner eine selbständige Tätigkeit ausübt oder beginnen will.[26] Ein Anspruch des Schuldners auf Freigabe besteht nicht. Der Verwalter kann ohne Auflagen oder (als sogenannte modifizierte Freigabe) mit bestimmten Wünschen freigeben. Insbesondere kann Freigabe mit der Verpflichtung zur Einzahlung von beschlagfreiem Geld in die Masse oder zur eigenständigen Verwertung und Rückgabe des Erlöses verbunden sein. Die unbeschränkte Freigabe ist Entlassung des Gutes aus dem Beschlag, die mit Einschränkung versehene Freigabe lediglich Ermächtigung gemäß § 185 Abs. 1 BGB. Freigabe ist auch ein Weg, dem Gesellschafter in der Insolvenz der zu Erwerbszwecken eingegangenen Gesellschaft aus dem zur Masse gewordenen Gesellschaftsvermögen eine Kleinausstattung zu individueller weiterer Berufstätigkeit außerhalb des Insolvenzverfahrens zukommen zu lassen[27].

408 Sowohl die Massegegenstände selbst als auch die Auseinandersetzung mit Dritten um sie im Prozeß kann der Verwalter freigeben. Die eigentlich dem Verwalter zustehende Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens[28] ist dann Angelegenheit des Schuldners[29].

409 Nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem Absonderungsgläubiger gibt der Verwalter zuweilen frei. Er tut dies einschränkungslos, wenn er keinen Verwertungsüberschuß für die Masse (und sei es nur ein Kostenbeitrag gemäß § 170 Abs. 1 Satz 1 InsO) erwartet; modifiziert gibt der Verwalter frei, wenn er sich einen Erlösanteil für die Masse verspricht (vgl. § 170 Abs. 2 InsO). Nicht Freigabe, sondern **Verwalterverwertung** ist die endgültige Überlassung an den Absonderungsgläubiger unter Verrechnung mit seinem Befriedigungsrecht gemäß § 168 Abs. 3 Satz 1 InsO.

410 Freigabe ist nicht freier Willkür des Verwalters überlassen. Zur Vermeidung von Schadensersatzbegehren (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO) wird der Verwalter, wenn überhaupt, nur so freigeben, daß die Gläubigerbefriedigung nicht nennenswert geschmälert, sondern im Gegenteil noch begünstigt wird.

26 Siehe unten Rn. 897.
27 Siehe unten Rn. 854.
28 Siehe oben Rn. 385.
29 BGH, Beschluß vom 27. Oktober 2003 – II ZA 9/02, ZIP 2003, 2271.

§ 9 Anstoß für das Insolvenzverfahren

Literatur: *Berner/Klöhn*, Insolvenzantragspflicht, Qualifikation und Niederlassungsfreiheit, ZIP 2007, 106 ff.; *Henckel*, Fehler bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – Abhilfe und Rechtsmittel, ZIP 2000, 2045 ff.; *Onciul*, Die rechtzeitige Auslösung des Insolvenzverfahrens, 2000

Das Insolvenzverfahren kommt nicht von selbst in Gang[1], sondern es bedarf des Anstoßes durch einen Antrag (§ 13 Abs. 1 InsO), welcher auf einem Eröffnungsgrund (§ 16 InsO) fußen muß. Der Antragsteller muß allerdings, falls er sich überhaupt zum Grund zu äußern hat (so gemäß § 14 Abs. 1 InsO), nicht den richtigen Grund vorgebracht haben. Das Gericht ist an den Vortrag nicht gebunden und kann aus jedem gesetzlich vorgesehenen Grund eröffnen[2], sofern nur der Antragsteller den Grund anführen könnte[3]. 411

Vorläufige Maßnahmen (§§ 21 f. InsO) kann freilich sowohl ein wirklich (aber einstweilen noch nicht erkanntermaßen) begründeter als auch ein sich später als unbegründet erweisender Antrag auslösen. Denn ihr **Zweck** besteht gerade darin, bis zur Klärung des Eröffnungsgrundes (§ 16 InsO) das fragliche Vermögen zu konservieren. Außerdem ist das Insolvenzgericht nicht dagegen gefeit, ein Verfahren zu eröffnen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 InsO), obwohl kein Insolvenzgrund vorliegt. Möglicherweise interpretiert das Gericht die Umstände falsch, oder es waren Umstände noch verborgen, oder es setzen nach Eröffnung dem Schuldnervermögen günstige Entwicklungen ein. Dann hilft Beschwerde (§§ 6 Abs. 1, 34 InsO) oder Einstellungsantrag (§ 212 InsO). Mit der Beschwerde erreicht man Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses, wenn zur Zeit der Eröffnung kein Eröffnungsgrund (mehr) bestand, mag er auch später eingetreten sein[4]. Der Einstellungsantrag beendet das Verfahren, wenn es mit Grund eröffnet wurde, der Grund aber später wegfiel; Beschwerde hilft hier nicht[5]. 412

Keiner Feststellung eines Eröffnungsgrundes bedarf es freilich, wenn im Ausland bereits ein grenzüberschreitendes Insolvenzverfahren eröffnet wurde und das deutsche Insolvenzgericht nun über einen Antrag auf ein Sekundärverfahren zu befinden hat (Art. 27 Satz 1 EuInsVO; § 356 Abs. 3 InsO). 413

I. Eröffnungsgründe: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung

Literatur: *Ahrendt/Plischkaner*, Der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff – Rückkehr mit Verfallsdatum, NJW 2009, 964 ff.; *Antoni*, Insolvenzverfahren mit nur einem Gläubiger ?, DZWIR 2009, 362 ff.; *Bork*, Der Firmenwert in der Überschuldungsbilanz, ZInsO 2001, 145 ff.; *Bork*, Grundfragen der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), KTS 2005, 1 ff.; *de Bra/Weber*, Der Rangrücktritt im Überschuldungsstatus und in der Handels- und Steuerbilanz, in: Festschrift Braun, 2007, S. 1 ff.; *Dahl*, Die Passivierung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen ohne Rangrücktritt in der Überschuldungsbilanz, InVo 2001, 265 ff.; *Drews*, Der Insolvenzgrund der Überschuldung bei Kapitalgesell-

1 Siehe oben Rn. 192.
2 *Schmahl*, in: MünchKomm, § 16 InsO, Rn. 34.
3 Vgl. unten Rn. 420 ff. wegen drohender Zahlungsunfähigkeit.
4 BGH, Beschluß vom 27. Juli 2006 – IX ZB 204/04, NZI 2006, 693, 695.
5 BGH, NZI 2006, 693, 695.

schaften, 2003; *Drukarczyk/Schüler*, Die Eröffnungsgründe der InsO: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, in: Kölner Schrift, S. 95 ff.; *Ehlers*, Der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit – auch ein Haftungsproblem, ZInsO 2005, 169 ff.; *Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer*, Der neue PS 800 und die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO, ZIP 2009, 201 ff.; *Fromm*, Der Überschuldungsstatus im Insolvenzrecht, ZInsO 2004, 943 ff.; *Fromm*, Die Überschuldungsprüfung im Insolvenzrecht, GmbHR 2004, 940 ff.; *Götz*, Die nicht endende Diskussion um den Überschuldungstatbestand, ZInsO 2000, 77 ff.; *Götz*, Überschuldung und Handelsbilanz, 2004; *Harz*, Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung unter Berücksichtigung der Änderungen nach dem neuen Insolvenzrecht, ZInsO 2001, 193 ff.; *Knof*, Rangrücktritt in der Steuerfalle?, ZInsO 2006, 192 ff.; *Nickert/Lamberti*, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung. Erläuterungen – Arbeitshilfen – Prüfungsstandards, 2008; *Niersert*, Die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO – Plädoyer für eine Neuorientierung, ZInsO 2001, 735 ff., 769 ff.; *Pütz-von Fabeck*, Die Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzeröffnungsgrund in Konflikt mit Rechtsbehelfen des Schuldners im Vollstreckungsverfahren, ZInsO 2000, 632 ff.; *A. Schmidt/Roth*, Die Bewertung von streitigen Verbindlichkeiten bei der Ermittlung der Insolvenzeröffnungsgründe, ZInsO 2006, 236 ff.; *Steffek*, Insolvenzgründe in Europa, KTS 2009, 317 ff.; *Uhlenbruck*, Was muß ein Insolvenztatbestand (Insolvenzauslöser) leisten?, in: InVo 1998, 1 ff.; *Uhlenbruck*, Der Insolvenzgrund im Verbraucherinsolvenzverfahren, NZI 2000, 15 ff.; *Uhlenbruck*, Zahlungsunfähigkeit wegen vorläufig vollstreckbarer Zahlungstitel?, ZInsO 2006, 338 ff.; *Wackerbarth*, Überschuldung und Fortführungsprognose, NZI 2009, 145 ff.

414 Das tief in die Befugnisse von Schuldner und Gläubigern einschneidende und kostenträchtige Insolvenzverfahren dient der Befriedigung bei Leistungsunfähigkeit[6]. Insolvenz ist wörtlich die Unfähigkeit, sich aus einer Verbindlichkeit (Obligation) lösen zu können. Diese nimmt das Gesetz – nicht für alle Schuldner gleich – auf dreierlei Weise an: bei Zahlungsunfähigkeit, bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung. Diese Tatbestandsmerkmale beherrschen auch die Konkursdelikte (§§ 283 ff. StGB).

415 Die nationale Bestimmung wirkt grenzüberschreitend (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO; § 335 InsO): Der für Eröffnung in Deutschland genügende Grund läßt das eröffnete Verfahren im Ausland wirken, auch wenn dort der Grund nicht genügen würde. Umgekehrt braucht das deutsche Gericht nicht schon dann zu eröffnen, wenn nach auswärtigem Insolvenzrecht ein Eröffnungsgrund vorliegt, welcher in Deutschland nicht trägt. Wenn allerdings auswärts einmal ein Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO; § 343 Abs. 1 Satz 1 InsO) eröffnet ist, kann im Interesse homogener Abläufe ein deutsches Insolvenzgericht wegen des in Deutschland belegenen Vermögens ein Sekundärverfahren (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3, 16 Abs. 2 EuInsVO; § 356 Abs. 1 Satz 1 InsO) eröffnen, ohne daß ein Eröffnungsgrund nach deutschem Insolvenzrecht vorliegen muß (Art. 27 EuInsVO; § 356 Abs. 3 InsO).

1. Zahlungsunfähigkeit

416 Leistungsunfähigkeit aus Zahlungsunfähigkeit abzulesen (§ 17 Abs. 1 InsO; Sonderregelungen in §§ 320 Satz 1 Fall 1, 332 Abs. 1 InsO, 46b Abs. 1 Satz 3 Fall 1 KWG) ist das Nächstliegende, da die Abwicklung stets in Geld erfolgt (§ 45 InsO)[7]. Den Konkurs löst nicht aus, daß der Schuldner in anderer Hinsicht unzuverlässig ist. Ständiger Lieferrückstand, wiederholtes Ausfallenlassen von Diensten, regelmäßige Schlechtleistung von Werken und beharrliche Verletzung von Nebenpflichten sind gleichgültig, solange pünktlich gezahlt wird. Umgekehrt gesprochen kann die Anknüpfung an die Liquidität auch einen ansonsten sehr zuverlässigen Schuldner tref-

6 Siehe oben Rn. 15, 24, 129 ff.
7 Siehe oben Rn. 218.

fen. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit, alle anderen Pflichten reibungslos erfüllen zu können, bei Illiquidität gering. Denn wer nicht bezahlen kann, wird Schwierigkeiten haben, sich mit den zu Vorbereitung und Ausführung seiner Nichtgeldleistungen notwendigen Sach- und Personalmitteln einzudecken. Sehr schnell schlagen dann zudem Nicht-Zahlungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (§ 280 Abs. 1 BGB) in Zahlungsansprüche um.

Der Schuldner ist nach der **Legaldefinition** in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO zahlungsunfähig, wenn er seine fälligen Geldschulden nicht pünktlich bedienen kann. Gefragt ist somit nach der Liquidität zu einem bestimmten Zeitpunkt. Allenfalls kleine zeitliche oder betragsmäßige Differenzen sind als bloße Zahlungsstockung unbeachtlich. Wer mit einem in drei Tagen zu erwartenden Geldzufluß die heute fällige Geldschuld mühelos wird begleichen können, ist noch zahlungsfähig. Die Frage nach der Zeitpunktliquidität wird demnach als Frage nach Zeitraumliquidität behandelt. Im einzelnen besteht hier großer Streit[8], der letztlich nur im konkreten Fall gelöst werden kann. Angesichts der Definition in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist aber unstreitig, daß ein Schuldner nicht schon deswegen zahlungsunfähig ist, weil er nicht zugleich die fälligen und auch schon – in Anlehnung an § 41 InsO abgezinst – die noch nicht fälligen Geldansprüche zu bedienen vermöchte. Es wird auch bei dem Befund der Zahlungsunfähigkeit nicht schon die Umstellung von Nichtgeldforderungen in Geldforderungen (§ 45 Satz 1 InsO) vorweggenommen. Ebensowenig spielen die erst nach Eröffnung aufgrund der Regeln über schwebende Geschäfte entstehenden Sekundäransprüche (z.B. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder Masseschulden (§§ 53 ff. InsO) in die Feststellung hinein. Der Gesetzgeber erwartet nicht generell, daß jemand alle Schulden zugleich abtragen könnte; diese Erwartung drückt vielmehr das nur bei bestimmten Schuldnern eingreifende Kriterium der Überschuldung aus[9]. Nicht um Zahlungsunfähigkeit, sondern nur um eine Zahlungsstockung handelt es sich, wenn der Schuldner Zahlungen nur während eines solchen Zeitraums nicht zu leisten vermag, den man als kreditwürdige Person benötigt, um sich aus Fremdmitteln die Liquidität zu verschaffen. Die Rechtsprechung setzt hier mit drei Wochen eine vernünftige Grenze.[10] Wenn dem Schuldner innerhalb dieses Zeitraums Wiederherstellen der Liquidität gelingt, ist Zahlungsunfähigkeit ohne Rücksicht darauf zu verneinen, ob der Schuldner eigene oder fremde Mittel flüssig machte. Aber auch dann, wenn der Zeitraum nicht genügt, für ausnahmslos alle fälligen Schulden Mittel zu lösen, muß man den Schuldner nicht als zahlungsunfähig bezeichnen. Eine verhältnismäßig geringe Unterdeckung löst noch keinen Konkurs aus. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an. Die Rechtsprechung nimmt plausibel einen Grenzwert von zehn Prozent des nach dem dreiwöchigen Beschaffungszeitraum voraussichtlich vorhandenen Standes fälliger Geldschulden an. Wird die Liquiditätslücke größer sein, muß man schon jetzt Zahlungsunfähigkeit annehmen, sofern nicht in zumutbarer Zeit danach die Lücke ganz oder fast ganz geschlossen wird. Wird die Liquiditätslücke nach den drei Wo- 417

8 Siehe *Foerste*, Rn. 109; *Kind*, in: *Braun*, § 17 InsO, Rn. 7 ff.; *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 299 f. Jeweils mit weiteren Nachweisen.

9 Siehe unten Rn. 423 ff.

10 BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 – IX ZR 123/04, NJW 2005, 3062, 3063 f., mit Anm. *Neumaier*, NJW 2005, 3041 ff.

chen zehn Prozent nicht überschreiten, besteht noch keine Zahlungsunfähigkeit – es sei denn, die Lücke würde alsbald mehr als ein Zehntel ausmachen.[11]

418 **Zahlungsunfähigkeit** setzt nicht notwendig bereits Zahlungsverzug gemäß § 286 BGB voraus. Zumeist wird sich der Schuldner aber wenigstens mit einigen Zahlungspflichten bereits im Schuldnerverzug befinden, wenn er zahlungsunfähig wird. Zahlungseinstellung läßt widerleglich auf Illiquidität schließen (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) und ist objektive Bedingung der Strafbarkeit in Konkursdelikten (§§ 283 Abs. 6 Fall 1, 283b Abs. 3, 283c Abs. 3, 283d Abs. 4 StGB). Wann **Zahlungseinstellung** vorliegt, sagt das Gesetz allerdings nicht mehr. Wiederum entstehen Zweifel, welche Abweichung von pünktlicher und vollständiger Zahlung der Zeit oder der Höhe nach unbeachtlich sind. Außerdem ist unsicher, wie deutlich die Nichtzahlung dem Verkehr vor Augen gelangen muß und ob nur die ausdrücklich eingeforderten Beträge zählen[12]. Schleppende Zahlung von Arbeitsentgelt ist Anzeichen für Zahlungseinstellung.[13] Die Ausübung von Zurückbehaltungsrechten (z.B. nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB oder § 273 Abs. 1 BGB) ist selbstverständlich keine Zahlungseinstellung.

419 **Illiquidität** ergibt sich nicht bereits aus hoher Verschuldung oder aus Überschuldung. Solange der Schuldner noch eigene oder fremde Geldmittel hat, neuen Geldkredit erlangt oder Stundungen und Nachlässe erzielt, ist er nicht zahlungsunfähig (riskiert aber eventuell sich zivilrechtlich und strafrechtlich wegen Konkursverschleppung[14], Betruges usw. verantwortlich zu machen). Auch wer seinen Zahlungspflichten nur aus Unwillen nicht nachkommt, aber genügend flüssige Mittel hat, ist nicht zahlungsunfähig[15]. Andererseits schützt den an Geldmangel leidenden Schuldner vor dem Urteil »zahlungsunfähig« nicht schon, daß er sich (woher auch immer) Liquidität verschaffen könnte, solange er dies nicht in die Tat umsetzt und deswegen die Zahlung versäumt.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

420 Bevorstehende Zahlungsunfähigkeit ist zwar noch keine Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO, bildet aber einen **weiteren Eröffnungsgrund** (§ 18 Abs. 1 InsO; §§ 320 Satz 2, 332 Abs. 1, 333 Abs. 2 Satz 3 InsO; § 46b Abs. 1 Satz 3 Fall 3 KWG). § 18 Abs. 2 InsO beschreibt das Merkmal drohender Zahlungsunfähigkeit mit einer Prognose auf Zahlungsunfähigkeit bei Fälligkeit. Bis zur Fälligkeit kann die Prognose sich wandeln, so daß der Eröffnungsgrund bald gegeben ist, bald entfällt.

421 Das Nebeneinander der aneinander angrenzenden Eröffnungsgründe eingetretener und drohender Zahlungsunfähigkeit erspart dem Insolvenzgericht nicht durchweg die Amtsermittlung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InsO) zu genauer Prüfung. Denn die Befugnis zu dem notwendigen Eröffnungsantrag ist bezüglich Eröffnung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit eingeschränkt[16]. Das Gericht kann deshalb **nicht stets** eröffnen, wenn Zahlungsunfähigkeit noch unklar ist, und sich damit zufrieden geben, daß zumindest Zahlungsunfähigkeit droht, oder umgekehrt die Eröffnung verweigern, weil der Antrag keinen für Eröffnung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit geeigneten Urheber hat. Nur wenn der Antrag aus dem engeren Kreis der Befugten stammt, ergibt sich eine Wahl.

422 Der Insolvenzgrund nur drohender Illiquidität schützt die Gläubiger und den Geschäftsverkehr. Er ist attraktiv für Schuldner oder deren Organe, welche Vorwürfen der Konkursverschleppung[17] von vornherein aus dem Wege gehen möchten. Außerdem ist er verlockend für denjenigen Schuldner, welcher sich Restschuldbefreiung (§§ 1 Satz 2, 286 InsO) erhofft oder

11 BGH, NJW 2005, 3062, 3064 ff.
12 *Eilenberger*, in: MünchKomm, § 17 InsO, Rn. 27 ff.
13 BGH, Urteil vom 14. Februar 2008 – IX ZR 38/04, DZWIR 2008, 289, 290.
14 Vgl. unten Rn. 422, 439, 592, 670.
15 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 17 InsO, Rn. 11.
16 Siehe unten Rn. 437.
17 Siehe unten Rn. 439, 592, 670, 1073.

erwartet, daß seine Gläubiger in einem vorgerichtlichen oder gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch (§ 305 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4 InsO), also unter dem Eindruck des nahenden oder des schon eingereichten Eröffnungsantrages, oder in einem Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) mehr Bereitschaft zum Entgegenkommen zeigen als ohne Bezug zu einem Insolvenzverfahren und einzelne Widerstände überspielt werden.

3. Überschuldung

Ohne Rücksicht auf die Liquiditätsfrage kann schließlich das Ergebnis eines Summenvergleichs von Vermögen und Verbindlichkeiten Eröffnungsgrund sein. 423

Ist das Vermögen überschuldet, soll eine geordnete Befriedigung einmal dann einsetzen können, wenn keine persönliche Haftung im Hintergrund steht. Überschuldung ist (neben eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit) **Eröffnungsgrund bei juristischen Personen** (§ 19 Abs. 1 InsO). Überschuldung ist aber auch Eröffnungsgrund **bei Gesellschaften**, die keine natürliche Person als persönlich haftendes Mitglied haben und wo auch keine natürliche Person persönlich haftendes Mitglied einer persönlich haftenden Mitgliedsgesellschaft ist (§ 19 Abs. 3 InsO; z.B. bei der GmbH & Co. KG, worin die GmbH die Rolle des Komplementärs einnimmt und eine natürliche Person die des Kommanditisten). Diese **Schuldner vereinigen** zum Nachteil der Gläubiger **zwei Risiken in sich**: Erstens gibt es neben ihrem Vermögen (anders als z.B. nach § 128 Satz 1 HGB) entweder überhaupt keine weitere haftende Vermögensmasse oder nur eine nach der Lebenserfahrung minderwertige »persönliche« Haftung von anderen Rechtsträgern als natürlichen Personen in mehrschichtigem Gesellschaftsaufbau. Zweitens gibt es keine Fortexistenz des Schuldners als Vollstreckungsgegners nach dem Insolvenzverfahren (§ 201 InsO). Es handelt sich hier also um Fälle, in denen die Gläubiger in besonderer Weise gefährdet sind, wenn nicht alsbald das Vermögen in Beschlag genommen wird. 424

Ohne Rücksicht auf die Rechtsform erklärt § 46b Abs. 1 Satz 3 Fall 2 KWG für **Kreditinstitute** und für Finanzdienstleistungsinstitute (§ 1 Abs. 1b KWG) die Überschuldung zum Eröffnungsgrund. 425

Überschuldung ist Eröffnungsgrund ferner beim **Nachlaß** (§ 320 Satz 1 Fall 2 InsO), wo wie bei der juristischen Person keine Aussicht auf Befriedigung außerhalb des Insolvenzverfahrens mehr besteht (§ 1975 Fall 2 BGB). Außerdem ist Überschuldung Eröffnungsgrund beim **Gesamtgut in fortgesetzter Gütergemeinschaft** (§ 320 Satz 1 Fall 1 InsO mit § 332 Abs. 1 InsO); hier droht den Gläubigern ebenfalls Begrenzung der Haftung auf das Gesamtgut (§ 1489 Abs. 2, Abs. 3 BGB). Schließlich begegnet Überschuldung auch beim gemeinschaftlich verwalteten Gesamtgut (§ 333 Abs. 2 Satz 3 InsO). 426

Aus rechtspolitischer Sicht ist fragwürdig, daß die natürliche Person nicht schon bei Überschuldung in das Insolvenzverfahren eintreten kann, welches allein ihr den Weg zur Restschuldbefreiung (§ 286 InsO) oder zu gerichtlich moderierten privatautonomen Schuldenregulierungen (Insolvenzplan nach §§ 217 ff. InsO; gerichtlicher Schuldenbereinigungsversuch nach §§ 305 Abs. 1 Nr. 4, 306 ff. InsO) öffnet. 427

Überschuldung **definiert** § 19 Abs. 2. Satz 1 InsO als Unterdeckung der Verbindlichkeiten durch das Vermögen (nur vorübergehend[18], bis Ende 2010, gilt eine Fassung von § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO, wonach keine Überschuldung anzunehmen ist, wenn die überwiegende Wahr- 428

18 Dazu mit Recht kritisch *Bitter*, Neuer Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO, ZInsO 2008, 1097. Siehe auch *Dahl*, Die Änderung des Überschuldungsbegriffs durch Art. 5 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG), NZI 2008, 719 ff.; *Hirte/Knof/Mock*, Überschuldung und Finanzmarktstabilisierungsgesetz, ZInsO 2208, 1217 ff.

scheinlichkeit für Unternehmensfortführung spricht). Anders als in der Liquiditätsfrage kommt es nicht auf Eigenschaft der Schulden als Geldschulden an. Auch der Fälligkeitszeitpunkt ist unerheblich. Unabgezinst geht jede Schuld in die Summe ein. Verbindlichkeiten aus kapitalersetzenden Geschäften (§ 32a GmbHG a.F., §§ 129a Satz 1 a.F., 172a Satz 1 HGB a.F.) zählten dazu, solange nicht der Gesellschafter eine Rangrücktrittserklärung abgab, die den Nachrang seiner Forderung vorwegnahm, welchen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F. und § 32a GmbHG a.F. für die Gläubigerbedienung nach Eröffnung vorsahen[19]. Dasselbe wird nunmehr für die gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangigen Forderungen aus Gesellschafterdarlehen zu gelten haben. Auch bei anderen Forderungen kann eine Rangrücktrittsabrede die Überschuldung beheben[20]. Stets erhebt sich die Frage, ob in der (nicht mit den Aufzeichnungen nach Handelsrecht und nach Steuerrecht in eins zu setzenden, aber aus ihnen teilweise gespeisten) Überschuldungsbilanz[21] (auch Überschuldungsstatus genannt) das Vermögen zu den Zerschlagungswerten seiner Bestandteile oder zu den regelmäßig höheren Werten in einem fortbestehenden Zusammenhang anzusetzen ist. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO (in der ursprünglichen und ab 2011 wieder geltenden Fassung) löst die Frage im Falle eines Unternehmen je nach Prognose über die weitere Funktionstüchtigkeit des Unternehmens[22]. Nur wenn Fortführung nicht überwiegend wahrscheinlich ist, muß man die Zerschlagungswerte ansetzen. Unklar ist dabei, wie weit in die Zukunft die Vorausschau reichen muß. Bei anderen Gesamtheiten, die sich als Wirtschaftseinheiten darstellen, ist die gespaltene Prüfung analog vorzunehmen.

II. Befugter Eröffnungsantrag

Literatur: *Brand/Reschke*, Insolvenzverschleppung – künftig auch im eingetragenen Verein strafbar?, NJW 2009, 2343 ff.; *Fritsche*, Die Zulässigkeit des Insolvenzantrags, DZWIR 2003, 234 ff.; *Höffner*, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung, 2002; *Hauptmann/Müller-Dott*, Pflichten und Haftungsrisiken der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften in der Insolvenz, BB 2003, 2521 ff.; *Heil*, Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung bei der Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland, 2008; *Henssler*, Die verfahrensrechtlichen Pflichten des Geschäftsführers im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH und der GmbH und Co. KG, in: Kölner Schrift, S. 1283 ff.; *Henze/Bauer*, Pflichtenstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers im früheren und gegenwärtigen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift, S. 1311 ff.; *Lang*, Das Rechtsschutzinteresse beim Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, 2003; *St. Mayer*, Insolvenzantragspflicht und Scheinauslandsgesellschaften, 2008; *Melchers*, Obliegenheit des Unterhaltsschuldners zur Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens, NJW 2008, 806 ff.; Poertzgen, Organhaftung während des 3-Wochenzeitraums (§ 15a Abs. 1 InsO), ZInsO 2008, 1196 ff.; *Röhm*, Strafrechtliche Folgen eines Insolvenzantrags bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gem. § 18 InsO, NZI 2002, 134 ff.; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands. Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise, 2001; *Wertenbruch*, Gesellschafterdarlehen und Insolvenzantragspflicht bei der atypischen GbR, NJW 2009, 1796 ff.

1. Antragsbefugte

429 Der Eröffnungsantrag ist die Pforte zum Verfahren. Mit seinem Eingang beginnt das Eröffnungsverfahren als notwendige Vorstufe zum Insolvenzverfahren. Nicht jedermann ist zum Eröffnungsantrag berechtigt. § 13 Abs. 1 Satz 2 InsO gewährt die Antragsbefugnis dem Schuldner und seinen Gläubigern. Der Antrag des Schuldners

19 BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 – II ZR 88/99, ZIP 2001, 235, 236 ff.

20 Zu einkommenssteuerlichen Folgefragen des Rangrücktritts *Knof*, ZInsO 2006, 192 ff.

21 Näher zur Überschuldungsbilanz *Drukarczyk*, in: MünchKomm, § 19 InsO, Rn. 84 ff.; *Götz*, Überschuldung und Handelsbilanz; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 19 InsO, Rn. 13 ff.

22 Beispiele: OLG Naumburg, Urteil vom 20. August 2003 – 5 U 67/03, GmbHR 2004, 361; LG Göttingen, Beschluß vom 3. November 2008 – 10 T 119/08, NZI 2008, 751 f.

wird Eigenantrag genannt. Angehörige von Gläubigern oder Schuldnern, die sich um das wirtschaftliche Wohl des ihnen Nahestehenden sorgen, haben auch dann kein Antragsrecht, wenn sie vom Wohlergehen des Falliten abhängen. Auch der Hoheitsträger, welcher sich unter den verschiedensten Gesichtspunkten um den Schuldner oder seine Gläubiger sorgt (beispielsweise um den bei rascher Einfädelung des Verfahrens denkbaren Erhalt von Arbeitsplätzen), hat kein Antragsrecht.

Sonderregelungen enthalten § 46b Abs. 1 Satz 4 KWG für »Institute«, das sind Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute (§ 1 Abs. 1, 1a, 1b KWG), und § 88 Abs. 1 VAG für Versicherungsunternehmen. In deren Insolvenzen ist allein die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht antragsbefugt. Dies verhindert Gefährdungen des besonders sensiblen Finanzmarktes durch voreilige Anträge von Schuldner- oder Gläubigerseite. Sonderregelungen bestehen ferner in §§ 317, 318 InsO für die Nachlaßinsolvenz ohne und mit Bestand ehelicher oder lebenspartnerschaftlicher Gütergemeinschaft. Hierauf verweist § 332 Abs. 1 InsO für die fortgesetzte Gütergemeinschaft, was jedoch in § 332 Abs. 3 InsO um eine weitere Sonderregelung ergänzt wird. Schließlich behandelt § 333 Abs. 2 InsO die Antragsbefugnis in ehelicher oder lebenspartnerschaftlicher Gütergemeinschaft[23]. 430

Findet **im Ausland** ein Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO; § 343 Abs. 1 Satz 1 InsO) statt, so kann dessen Verwalter in Deutschland ein Sekundärverfahren (Art. 3 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, 16 Abs. 2 EuInsVO; § 356 Abs. 1 InsO) beantragen (Art. 29 Buchstabe a EuInsVO; § 356 Abs. 2 InsO). Dieses Sekundärverfahren erfaßt als Territorialverfahren (Parallelverfahren, nachträgliches Partikularverfahren) das in Deutschland belegene Vermögen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2, 27 Satz 3 EuInsVO). Der Verwalter des Hauptverfahrens darf sich von dem Verwalter des Sekundärverfahrens Kooperation und insgesamt Abstimmung des Sekundärverfahrens auf das Hauptverfahren erhoffen (Art. 31 ff. EuInsVO; §§ 357 f. InsO). Die Antragsbefugnis des Verwalters verdrängt nicht die gewöhnliche Antragsbefugnis von Schuldner oder Gläubiger[24]. 431

2. Gläubigerantrag

§ 13 Abs. 1 Satz 2 InsO scheint unter den Gläubigern keine Auswahl zu treffen. Daraus leitet man gemeinhin ab, daß nicht nur Insolvenzgläubiger (siehe früher § 103 Abs. 2 KO[25]) den Antrag stellen können, sondern auch Absonderungsberechtigte als solche und Aussonderungsberechtigte. Einschränkungen ergeben sich danach erst wegen des den Nicht-Insolvenzgläubigern als Nicht-Adressaten des Verfahrens zumeist fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses.[26] Nach **hier vertretener Auffassung** ist die Antragsbefugnis von vornherein auf solche Gläubiger begrenzt, denen das Verfahren sich widmet. Das sind allein die Insolvenzgläubiger – genauer gesagt, die in einem künftigen Verfahren gemäß § 38 InsO als Insolvenzgläubiger einzustufenden Gläubiger. Deswegen ist dem Bundesgerichtshof[27] zuzustimmen, der dem mit Grundpfandrecht zweifelsfrei vollkommen gesicherten und auf Verfahrensteilnahme nach § 52 InsO wegen Ausfalls nicht angewiesenen Gläubiger das Antragsrecht abspricht. 432

23 Wie in §§ 11, 37 InsO (vgl. oben Rn. 295, 404 und unten Rn. 1056) ist es lediglich Redaktionsversehen, daß in § 333 InsO allein von Eheleuten die Rede ist.

24 AG Köln, Beschluß vom 23. Januar 2004 – 71 IN 1/04, DZWIR 2004, 434, 435, betreffend Schuldner.

25 Die in § 103 Abs. 2 KO außerdem erwähnten Massegläubiger im Sinne von § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO sind nach heutigem Verständnis ebenfalls Insolvenzgläubiger.

26 So bereits der Entwurfsverfasser; siehe *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 169. Ferner *Kind*, in: *Braun*, § 13 InsO, Rn. 4; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 13 InsO, Rn. 27. Zum Rechtsschutzbedürfnis für den Eröffnungsantrag siehe unten Rn. 679 ff.

27 BGH, Beschluß vom 29. November 2007 – IX ZB 12/07, ZInsO 2008, 103, 104.

433 Inbegriffen sind freilich die nachrangigen Insolvenzgläubiger (§§ 39, 327 InsO) und die Absonderungsberechtigten, denen der Schuldner auch persönlich haftet (§ 52 Satz 1 InsO). Inbegriffen ist auch derjenige Insolvenzgläubiger, dessen Forderung zwar schon begründet, aber noch nicht fällig ist und daher für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit außer Betracht bleibt; denn in das eröffnete Verfahren wird er gemäß § 41 InsO einbezogen. Ausgeschlossen wäre hingegen, wer überhaupt erst während des Verfahrens infolge von Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) oder Vertragsabbruch (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) während des Insolvenzverfahrens zum Insolvenzgläubiger wird (§ 144 Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 2 InsO; § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Inbegriffen sind schließlich auch die Inhaber umstrittener Forderungen[28]; denn erst der Prüfungstermin (§ 176 Satz 1 InsO) klärt die Insolvenzforderungen. Allerdings kann es sein, daß der Eröffnungsgrund nur dann vorliegt, wenn die umstrittene Forderung wirklich berechtigt ist. Dann muß das Insolvenzgericht in seiner schon im Eröffnungsverfahren herrschenden Amtsermittlungspflicht (§ 5 Abs. 1 InsO) den Anspruch zur Prüfung der Begründetheit des Eröffnungsantrages aufklären[29]. Antragsbefugt ist trotz alldessen nicht, wer ersichtlich einen Anspruch aus der Luft greift, nur um dem Schuldner ein Insolvenzverfahren aufzunötigen.

434 Eine Pflicht zum Eröffnungsantrag trifft den der wirtschaftlichen Lage des Schuldners kundigen Gläubiger trotz der in § 1 Satz 1 InsO beschworenen Solidarität nicht. Seinen durch Schweigen im Gläubigerwettlauf erzielten Vorsprung kann der Gläubiger aber immer noch durch Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3 InsO) oder Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) einbüßen.

435 Ob der Gläubiger innerhalb oder außerhalb Deutschlands seinen **Sitz** hat, spielt für die **Antragsbefugnis keine Rolle**. Man erkennt dies an seinem Recht zur grenzüberschreitenden Forderungsanmeldung sowohl im Hauptinsolvenzverfahren als auch im Territorialverfahren (Art. 32 Abs. 1, 36, 39 EuInsVO; § 341 Abs. 1 InsO).

436 Der Schuldner wird zum Gläubigerantrag gehört (§§ 14 Abs. 2, 10 InsO).

3. Befugnis von Schuldnerorganen zum Eigenantrag

437 Die Befugnis zum Eigenantrag bedarf besonderer Regelung, wenn der **Schuldner keine natürliche Person** ist. Diese ist in §§ 15, 18 Abs. 3, 317 f., 330 Abs. 1, 332 Abs. 1, 333 InsO getroffen. Die Antragsbefugnis ist nicht exakt auf die bürgerlich-rechtliche Vertretungsmacht zugeschnitten. Das Gesetz verlangt daher in den aufgeführten Vorschriften zum Ausgleich Anhörungen. Der Kreis der Antragsbefugten ist in § 18 Abs. 3 InsO für die drohende Zahlungsunfähigkeit enger als sonst gezogen.

4. Pflicht von Schuldnerorganen zum Eigenantrag

438 Mitunter macht das Gesetz den Eigenantrag sogar zur Pflicht. Dies ist bei juristischen Personen der Fall (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO) und bei Personenhandelsgesellschaften ohne vollhaftende natürliche Person und ohne Mitgliedsgesellschaft mit vollhaftender natürlicher Person (§ 15a Abs. 2 Satz 2 InsO). In der Pflicht sind deren Organe – z.B. der Vereinsvorstand (§ 26 BGB; zusätzlich § 42 Abs. 2 Satz 1 BGB), der Geschäftsführer der GmbH (§ 64 Abs. 1 GmbHG), der Vorstand der Aktiengesellschaft (§ 78

28 AG Göttingen, Beschluß vom 26. Juli 1999 – 71/74 IN 145/99, ZIP 1999, 1566, 1567.
29 AG Göttingen, ZIP 1999, 1566, 1567; *Schmerbach*, in: FrankfKomm, § 14 InsO, Rn. 57 f.

Abs. 2 AktG) oder die Geschäftsführer der haftungsabgeschirmten offenen Handelsgesellschaft (§ 125 HGB). Die Krise eines solchen Schuldners ist den schon vorhandenen Gläubigern und würde den bei weiter ungehinderter Aktivität dem Schuldner noch erwachsenen Gläubigern mangels zusätzlich haftender Vermögensmassen besonders gefährlich. Der Schuldner selbst verliert mit dem Insolvenzverfahren sein Dasein und wird danach (von Sanierung mit Fortsetzung z.B. gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 2 GmbHG abgesehen) nicht mehr als Vollstreckungsgegner (vgl. § 201 InsO) zur Verfügung stehen. Deshalb soll das Insolvenzverfahren früh angestoßen werden. § 15a Abs. 2 InsO dehnt die Antragspflicht bei haftungsabgeschirmten Personengesellschaften, deren Geschäfte von Gesellschaften ohne natürliche Personen geführt werden, auf die in dem Verbund nächsterreichbare Stufe aus, in der eine natürliche Person zu finden ist. Ansonsten würden die Haftungs- und Strafandrohungen[30] ihrerseits ins Leere laufen. In der (im Sinne von § 10 Abs. 2 Satz 2 InsO) führungslosen Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist zudem jeder Gesellschafter, in der führungslosen Aktiengesellschaft oder Genossenschaft jedes Aufsichtsratsmitglied antragspflichtig (§ 15a Abs. 3 InsO). Auch das Nachlaßinsolvenzverfahren muß der Erbe oder die Erbengemeinschaft bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Nachlasses (§ 320 Satz 1 InsO) anstoßen (§ 1980 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß nach § 1975 BGB schirmt den Erben ähnlich ab wie die juristische Person. Die **natürliche Person als Schuldner** unterliegt hingegen **keiner Antragspflicht**, selbst wenn sie Unternehmer ist. Allenfalls Unterhaltspflichtigkeit kann mittelbar die Pflicht in sich tragen, ein Insolvenzverfahren auszulösen. Denn im Insolvenzverfahren genießen die Unterhaltsberechtigten Vorzüge[31], und der Schuldner vermag durch die Restschuldbefreiung andere, ebenfalls nach Befriedigung aus dem Schuldnervermögen ringende, Gläubiger aus dem Felde zu schlagen. Diese Vorteile soll der Schuldner seinen Unterhaltsgläubigern aktiv verschaffen[32]. Außerdem beeinträchtigt Hinausschieben eines Eigenantrages die Aussicht auf spätere Restschuldbefreiung (§ 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO)

Die Antragspflichten und das ungerührte Weiterwirtschaften (Insolvenzverschleppung) sind mit Schadensersatzpflichten sanktioniert (z.B. in § 42 Abs. 2 Satz 2 BGB; § 1980 Abs. 1 Satz 2 BGB; §§ 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG, 64 Satz 1 GmbHG, 130a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, 161 Abs. 2, 177a Satz 1 HGB[33]; in §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB wegen Verschuldens der Organe gegenüber den Geschäftspartnern bei Vertragsanbahnung; in § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Vorschriften über Antragspflicht[34]; in § 826 BGB)[35]. Der Druck darauf, beizeiten auf 439

30 Siehe sogleich Rn. 439 f.

31 Siehe unten Rn. 869 ff.

32 BGH, Urteil vom 23. Februar 2005 – XII ZR 114/03, NJW 2005, 1279, 1280 f., betreffend Kindesunterhalt. Grundsätzlich verneinend hingegen für Ehegatten-Trennungsunterhalt BGH, Urteil vom 12. Dezember 2007 – XII ZR 23/06, NJW 2008, 851, 852 f. Dazu *Melchers*, NJW 2008, 806 ff.

33 Eine Gesamtdarstellung zu Insolvenzverschleppung und Insolvenzverschleppungshaftung gibt *K. Schmidt*, in: *Scholz*, GmbHG, Anhang § 64. Zur Haftung nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. oder § 130a Abs. 3 HGB a.F. siehe BGH, Beschluß vom 5. Februar 2007 – II ZR 51/06, KTS 2007, 485; BGH, Urteil vom 26. März 2007 – II ZR 310/05, KTS 2007, 485 ff., mit Anm. *Stickelbrock*, KTS 2007, 489 ff. Über analoge Anwendung der Verschleppungshaftung nach § 130a Abs. 2 HGB auf organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne natürliche Person *Wertenbruch*, NJW 2009, 1796 ff. Siehe auch unten Rn. 1073.

34 Beispiele für Auseinandersetzung um Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB mit § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.: BGH, Urteil vom 25. Juli 2005 – II ZR 390/03, NJW 2005, 3137 ff.; BGH, Urteil vom 5. Februar 2007, II ZR 234/05, ZIP 2007, 676 ff.

35 Näher *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 330 ff. Siehe zur Konkursverschleppung auch oben Rn. 419, 422 und unten Rn. 592, 670.

das Insolvenzverfahren anzutragen, soll nach der Rechtsprechung Außenstehende davor bewahren, mit dem insolventen Schuldner neue Geschäfte abzuschließen, aus denen sie später als Insolvenzgläubiger nur unzureichende Befriedigung erreichen. Der Schadensersatz zielt daher nicht auf ein Erfüllungsinteresse, sondern auf den Vertrauensschaden, das negative Interesse.[36] Diese Einschätzung drängt den unterschiedslosen Ausgleich des aus einem Mittelabfluß resultierenden sogenannten Quotenschadens für alle Insolvenzgläubiger in den Hintergrund. Ohne deswegen die Abrechnung von Vertrauensschaden auszuschließen, sollte man nach hier vertretener Meinung sowohl zugunsten der schon bei Eintritt der Insolvenz als auch für die seitdem bis zur wirklichen Eröffnung hinzukommenden Gläubiger gleichermaßen den Schaden nach dem Ausfall in der Gesamtvollstreckung berechnen können[37]. Hingegen geht es zu weit, den abgeflossenen Betrag ungekürzt vom Empfänger als nach § 64 GmbHG oder § 130a HGB anfallende Schadenssumme einzufordern, ohne eine auf ihn entfallende gedachte Erlösauskehr aus dem Betrag abzuziehen[38]. Die Verfolgung des Quotenschadens wird von § 92 InsO gebündelt in die Hand des Insolvenzverwalters gelegt. Der Vertrauensschaden fällt hierunter nicht und bleibt individueller Einforderung anheimgestellt. Darauf ist aber die gebündelte Einforderung des Quotenschadens anzurechnen. Hinauszögern des Konkursantrages ist ferner ein wichtiger Grund, der die Gesellschaft berechtigt, sich von ihrem mit Dienstvertrag bestellten Organ durch fristlose Kündigung nach § 626 BGB zu trennen.

440 Die Antragspflicht kann sogar **strafbewehrt** sein (§ 15a Abs. 4, 5 InsO). Freilich kann sich auch der nichtantragspflichtige Schuldner Ersatzansprüchen und strafrechtlicher Verfolgung (z.B. wegen Betruges nach § 263 StGB) aussetzen, wenn er das Insolvenzverfahren hinauszögert und ungehemmt weiter seinen Geschäften nachgeht. Die Zuständigkeit für die Strafverfolgung richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Sie liegt nicht etwa beim Insolvenzgericht.

441 Auf die gleichmäßig herrschende Antragspflicht sollte sich der Rechtsverkehr verlassen dürfen. Das hat jedoch den Gesetzgeber nicht gehindert, nach einer Überschwemmung im Sommer 2002 die Pflicht zu suspendieren[39]. Der Vorfall ist gutes Beispiel für die Macht der größeren Zahl.

36 Beispiel mit insolventer GmbH aus der Zeit der KO: BGH, Urteil vom 7. Juli 2003 – II ZR 241/02, ZIP 2003, 1713 ff.

37 Für Abrechnung des Quotenschadens auch *K. Schmidt*, Anm. zu BGH, ZIP 2003, 1713 ff., ZIP 2003, 1715 f.

38 Volle Rückzahlung statt nur Ausgleich des Quotenschadens spricht BGH, KTS 2007, 485, zu.

39 Flutopfersolidaritätsgesetz vom 19. September 2002, BGBl. I, 2002, 3651.

§ 10 Gerichtliche Zuständigkeiten

Literatur: *Adam*, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen, 2006; *Becker*, Ausführung der Reform des Insolvenzrechts durch die Länder, KTS 2000, 157 ff.; *Attinger*, der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach der EuInsVO – erfolgreiches Konzept oder Quelle der Rechtsunsicherheit?, 2008; *Burger/Franke*, Richter und Rechtspfleger im Insolvenzverfahren, NZI 2001, 403 ff.; *Carstens*, Die internationale Zuständigkeit im europäischen Insolvenzrecht, 2005; *Duursma/Duursma-Kepplinger*, Gegensteuerungsmaßnahmen bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, DZWIR 2003, 447 ff.; *Eidenmüller*, Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 137 ff.; *Eidenmüller*, Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, NJW 2004, 3455 ff.; *Fuchs*, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger im Insolvenzeröffnung- und eröffneten Verfahren, ZInsO 2001, 1033 ff.; *Herchen*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren: Der Mittelpunkt der (hauptsächlichen) Interessen im Mittelpunkt der Interessen, ZInsO 2004, 825 ff.; *Kammel*, Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen, NZI 2006, 334 ff.; *Keggenhoff*, Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren. Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO bei Gesellschaften und juristischen Personen, 2006; *Klöhn*, Verlegung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen i.S.d. Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO vor Stellung des Insolvenzantrags, KTS 2006, 259 ff.; *Mörsdorf-Schulte*, Geschlossene europäische Zuständigkeitsordnung und die Frage der vis attractiva concursus, NZI 2008, 282 ff.; *Schmüser*, Das Zusammenspiel zwischen Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO, 2009; *Smid*, EuGH zu »Eurofood«, BGH zur internationalen Zuständigkeit, DZWIR 2006, 325 ff.; *Thole*, Die internationale Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen, ZIP 2006, 1383 ff.; *Torz*, Gerichtsstände im Internationalen Insolvenzrecht zur Eröffnung von Partikularinsolvenzverfahren, 2005; *Vallender*, Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO – eine neue Herausforderung für Insolvenzgerichte -, KTS 2008, 59 ff.; *Vogler*, Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren, 2004; *Vormstein*, Zuständigkeit bei Konzerninsolvenz, 2005; *Willemer*, Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung, 2006. Weitere Angaben in den Literaturhinweisen zu Rn. 65 ff.; *Zeuner/Elsner*, Die internationale Zuständigkeit der Anfechtungsklage oder die Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO, DZWIR 2008, 1ff.

Die großen Züge des Insolvenzverfahrens bestimmt das Insolvenzgericht. Wie in jedem Verfahren erheben sich Zuständigkeitsfragen. **442**

I. Internationale Zuständigkeit

1. Unumgängliche Prüfung

Obwohl bei keinem Verfahren verzichtbar, macht man sich zumeist bei Zulässigkeitsprüfungen keine Gedanken über die internationale Zuständigkeit. Für Insolvenzverfahren ist die Prüfung internationaler Zuständigkeit um so wichtiger, als die Verfahrenseröffnung weltweite Bedeutung hat. Das Verfahren zieht zumindest grenzüberschreitend Gläubiger an, wenn es nicht sogar nach dem Grundsatz der Universalität grenzüberschreitend das Vermögen des Schuldners erfaßt[1]. **443**

1 Siehe oben Rn. 123 ff., 208.

2. Zuständigkeit nach Reichweite des Insolvenzbeschlages gemäß EuInsVO

444 Innerhalb der Europäischen Union (Dänemark ausgenommen) verteilt Art. 3 EuInsVO die Zuständigkeit an die Insolvenzgerichte der Mitgliedstaaten. Die Vorschrift betrifft nur das Insolvenzverfahren selbst. Sie erfaßt nicht weitere Verfahren, die an das Insolvenzverfahren anknüpfen, wie beispielsweise einen Prozeß um Rückgabe von Vermögensgegenständen wegen Anfechtung[2]. Überdehnung von Art. 3 EuInsVO wäre unzumutbare Belastung potentieller Klagegegner, die sich regelwidrig einem aus ihrer Sicht ausländischen Prozeß ausgesetzt sehen müßten.

a) Hauptverfahren

445 Für ein Hauptverfahren (Universalverfahren)[3] kommt es auf den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners an (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO[4]). Dieser Begriff ist auch mit der Interpretationsvorgabe aus Erwägungsgrund 13 zur Verordnung und auch dann noch außerordentlich streitanfällig, wenn man ihn mit Blick auf den Verwendungszweck auf in Vermögensrechten und vermögenswerten Verbindlichkeiten niedergeschlagenen Interessen einengt.[5]

446 Erleichternd stellt Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO für Gesellschaften und juristische Personen die (nur unter hohen Anforderungen[6])widerlegliche Vermutung auf, daß der satzungsmäßige Sitz den Interessenmittelpunkt bildet. Für andere Schuldner kann man sich mit ähnlichen Kriterien behelfen, insbesondere bei der natürlichen Person mit ihrem Wohnsitz oder mit dem Sitz ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit[7]. In diese Richtung weist Erwägungsgrund 13 zur EuInsVO, wonach als Interessenmittelpunkt der Ort aufgefaßt werden möge, an dem der Schuldner gewöhnlich seinen Interessen nachgehe und damit für Dritte feststellbar sei. Schwierigkeiten bereitet dann aber die Mehrzahl von Wohnsitzen oder von Orten der Berufsausübung und allein schon das Nebeneinander von Wohnsitz und Ort der Berufsausübung. Sucht man nach Anhaltspunkten, so bieten sich – einander möglicherweise widersprechend – unter anderem an: die Anteile der Zeit, welche der Schuldner an den verschiedenen Orten verweilt (wie weit muß dabei zurückgegriffen werden?), die Zahl der am jeweiligen Ort getätigten Geschäfte und sonstigen Rechtshandlungen, das Volumen der Vorgänge, die Zahl der mit ihnen verbundenen Gläubiger oder Drittschuldner, der Sitz der Drittschuldner (in der Bedeutung nach Anzahl oder Volumen gestaffelt?).

447 Letztlich kann nur die Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls die Lösung ergeben.[8] Dem Schuldner verbleibt so Spielraum zur Gestaltung seiner Verhältnisse mit dem Zweck, in günsti-

2 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 26. Januar 2006 – 15 U 200/05, ZIP 2006, 769 ff. Der BGH legte die Frage dem EuGH zur Klärung vor; siehe BGH, Beschluß vom 21. Juni 2007 – IX ZR 39/06, ZInsO 2007, 770 ff. Die Anm. von *Klöhn/Berner*, ZIP 2007, 1418 ff., hielt richtigerweise Art. 3 EuInsVO nicht für einschlägig. EuGH, Urteil vom 12. Februar 2009 – Rs. C-339/07, KTS 2009, 375 ff., hingegen will Art. 3 Abs. 1 EuInsVO auch auf Anfechtungsprozesse angewandt sehen. Dem folgt BGH, Urteil vom 19. Mai 2009 – IX ZR 39/06, KTS 2009, 378 ff., mit zu Recht ablehnender Anmerkung *Hau*, KTS 2009, 382 ff.

3 Siehe oben Rn. 123 ff.

4 Art. 3 Abs. 1 EuInsVO beschränkt sich nicht ausdrücklich auf Hauptinsolvenzverfahren. Doch ergibt sich die Beschränkung im Umkehrschluß aus Art. 3 Abs. 2 bis Abs. 4 EuInsVO.

5 Siehe *Becker*, ZEuP 2002, 287, 299 ff..

6 EuGH, Urteil vom 2. Mai 2006 – Rs. C-341/04, DZWIR 2006, 329 ff. Dazu *Smid*, DZWIR 2006, 329, 331 f.

7 *Mincke*, in: *Nerlich/Römermann*, Art. 3 EuInsVO, Rn. 5.

8 Beispiel: LG Göttingen, Beschluß vom 4. Dezember 2007 – 10 T 146/07, ZInsO 2007, 1358 f.

gere Rechtsordnungen auszuweichen (sogenanntes *forum shopping*)[9] oder sich überhaupt dem Konkurs zu entziehen[10], wenngleich die Europäische Verordnung über Insolvenzverordnung mit ihren vereinheitlichenden Regelungen zur Durchführung die Attraktivität des Statutenwechsels mindert. Einen äußersten Rahmen steckt der Beugung der deutschen Insolvenzgerichtsbarkeit unter die auswärtige Zuständigkeit lediglich die Vereinbarkeit mit dem deutschen *ordre public*, den hiesigen Grundausrichtungen der Rechtsordnung (Art. 26 EuInsVO).

Ist einmal ein auswärtiges Hauptverfahren eröffnet, so ist ein weiterer Antrag auf Eröffnung eines Hauptverfahrens an ein deutsches Insolvenzgericht **unzulässig** (Art. 102 § 3 Abs. 1 Satz 1 EGInsO).[11] Ob auswärts zu Recht oder zu Unrecht eröffnet wurde, ist gleichgültig, solange kein unerträglicher Widerspruch zu den Regeln des deutschen Verfahrensrechts entsteht (Art. 26 EuInsVO), beispielsweise wenn dem Schuldner kein Gehör gewährt war[12]. Wenn ein Gericht versehentlich ein zweites Hauptinsolvenzverfahren eröffnet, kann es dieses Verfahren aufheben oder nachträglich auf das Inlandsvermögen beschränken und so zum Sekundärverfahren machen[13]. Umgekehrt müssen die deutschen Insolvenzgerichte hinnehmen, daß sich ein auswärtiges Insolvenzgericht für unzuständig zur Eröffnung eines Hauptverfahrens erklärt (Art. 102 § 3 Abs. 2 EGInsO). 448

b) Territorialverfahren

Territorialverfahren (Partikularverfahren, Parallelverfahren)[14] ermöglicht Art. 3 Abs. 2 EuInsVO in jedem Mitgliedstaat, auf dessen Gebiet der Schuldner eine Niederlassung hat. 449

Niederlassung soll dabei **jeder Tätigkeitsort** sein, an welchem der Schuldner nicht nur vorübergehend wirtschaftlicher Aktivität nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt (Art. 2 Buchstabe h EuInsVO). Auch hier erheben sich mannigfache Zweifel. 450

Sekundärverfahren neben einem bereits laufenden Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 2 mit Abs. 3 Satz 1, 16 Abs. 2 EuInsVO) sind ohne weitere Beschränkung möglich. Sie erscheinen in der europäischen Insolvenzverordnung sogar als erstrebenswerte Unterstützung des Hauptinsolvenzverfahrens. Die Anforderung, daß es sich um ein Liquidationsverfahren handeln müsse (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EuInsVO), erfüllt ein Verfahren nach der Insolvenzordnung immer, selbst wenn es auf einen Insolvenzplan hinausläuft (Art. 2 Buchstabe c EuInsVO mit Anhang B zur EuInsVO). Den Eröffnungsantrag kann auch der Verwalter des Hauptverfahrens anbringen (Art. 29 Buchstabe a EuInsVO). Der Eröffnungsgrund bleibt ungeprüft (Art. 27 Satz 1 EuInsVO) infolge vollkommener Anerkennung des auswärtigen Verfahrens (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO). 451

Partikularverfahren ohne Hauptverfahren hingegen läßt Art. 3 Abs. 4 EuInsVO nur zurückhaltend zu. Entweder muß nach dem Verfahrensrecht des Mitgliedstaates (siehe Art. 4 EuInsVO), dessen Gerichte gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO für ein Hauptverfahren zuständig sind, die Eröffnung ausgeschlossen sein (Art. 3 Abs. 4 Buchstabe a EuInsVO). Oder der Antrag stammt von einem ortsansässigen Gläubiger oder von einem Gläubiger, der seine Forderung aus Berührung mit der am Ort befindlichen Schuldnerniederlassung gewann (Art. 3 Abs. 4 Buchstabe b EuInsVO). Keine zusätzliche Erschwernis bedeutet es, daß in einem anderen Mitgliedstaat bereits ein Territorialverfahren läuft. Die Zurückhaltung gegenüber isolierten Territorialverfahren 452

9 Beispiel: BGH, Beschluß vom 18. September 2001 – IX ZB 51/00, NJW 2002, 960 ff. (Deutscher nimmt Wohnsitz im Elsaß und erlangt dort Restschuldbefreiung). Wegen der Gründung von »Briefkastenfirmen« im Ausland durch deutsche Unternehmer siehe oben Rn. 294.

10 Beispiel: AG Göttingen, Beschluß vom 7. Mai 2008 – 74 IN 391/07, ZVI 2008, 388 f.

11 Beispiel: BGH, Beschluß vom 29. Mai 2008 – IX ZB 102/07, NZI 2008, 572 ff.

12 AG Düsseldorf, Beschluß vom 12. März 2004 – 502 IN 126/03, DZWIR 2004, 432, 433 f., mit Anm. *Smid*, DZWIR 2004, 397, 398.

13 OLG Wien, Beschluß vom 9. November 2004 – 28 R 225/04w, NZI 2005, 56, 60 f.

14 Siehe oben Rn. 127 f.

nützt der Gleichmäßigkeit in der Gläubigerbefriedigung. Zwar dürfen sich auch auswärtige Gläubiger am Territorialverfahren beteiligen (Art. 32 Abs. 1, 36, 39 Abs. 1 EuInsVO). Doch wird ihnen tatsächlich diese Teilnahme allein schon deswegen schwerfallen, weil das Territorialverfahren geringere internationale Publizität als ein Hauptinsolvenzverfahren hat (vgl. Art. 21 f. EuInsVO). Freilich kann eine Korrektur von Befriedigungsdifferenzen in einem späteren Insolvenzverfahren immer noch vorgenommen werden (Art. 20 Abs. 2 EuInsVO).

453 **Verlagert** der Schuldner seinen **Interessenmittelpunkt nach Eröffnung** eines ersten Insolvenzverfahrens, so behindert das den Verfahrenslauf nicht mehr: Wurde als erstes ein Hauptverfahren am alten Mittelpunkt eröffnet, so bleibt es trotz Abwanderung des Schuldners bei der ursprünglichen Zuständigkeit. Ein weiteres Verfahren ist auch dann nur Sekundärverfahren, wenn ein Gericht im Staat des neuen Mittelpunktes es eröffnet. War das erste Verfahren ein Territorialverfahren und bildet der Schuldner im Verfahrensstaat seinen neuen Interessenmittelpunkt, erweitert das Gericht sein Verfahren durch Nachtrag zum Eröffnungsbeschluß zum Hauptverfahren.

3. Zuständigkeit außerhalb der EuInsVO

454 Im Verhältnis zu anderen als den an der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren beteiligten Staaten sind vereinzelt Kompetenzen in Staatsverträgen geordnet. Ansonsten gelten die Regeln des Internationalen Insolvenzrechts. Diese Regeln entstammen wie das Internationale Privatrecht dem nationalen Insolvenzrecht, können also von Land zu Land voneinander abweichen. Der deutsche Gesetzgeber ordnete das Internationale Insolvenzrecht in §§ 335 ff. InsO. Dort ist aber die Zuständigkeit nicht von Grund auf, sondern nur ergänzend behandelt (§§ 348, 354 InsO). Im Grundsatz ergibt sich die internationale Zuständigkeit eines deutschen Insolvenzgerichts aus entsprechender oder erweitert verstandener unmittelbarer Anwendung der Regeln zur örtlichen Zuständigkeit innerhalb Deutschlands (§ 3 InsO)[15]. Man begegnet diesem Lösungsmuster in § 354 InsO. Diese Vorschrift setzt wegen der Zuständigkeit für ein Partikularverfahren die Unzuständigkeit für ein Hauptverfahren voraus, ohne daß dazu eine besondere Regelung vorgehalten wäre (§ 354 Abs. 1 InsO), verweist dann aber zur Abgrenzung zwischen mehreren in Frage kommenden deutschen Gerichten auf § 3 Abs. 2 InsO (§ 354 Abs. 3 Satz 2 InsO).

455 **In Deutschland** kann demnach ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werden, wenn der Schuldner **hier seinen allgemeinen Gerichtsstand** hat (§ 3 Abs. 1 Satz 1 InsO). Es sei denn, er übe selbständige wirtschaftliche Tätigkeit aus und deren Schwerpunkt liege außerhalb Deutschlands (§ 3 Abs. 1 Satz 2 InsO).

456 **Territorialverfahren** siedelt § 354 Abs. 1 InsO in **Deutschland** an, wenn der Schuldner **hier eine Niederlassung** oder **Vermögen** hat. Die Anknüpfung an Vermögen nimmt den Zweifel, was eine Niederlassung sei (vgl. Art. 2 Buchstabe h, 3 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO[16]), viel von seinem Gewicht. Das Territorialverfahren findet aber nur statt, wenn ein Hauptverfahren mangels internationaler Zuständigkeit (beurteilt nach § 3 InsO) nicht in Deutschland eröffnet werden kann. Außerdem kann nur ein Gläubiger es initiieren, nicht der Gemeinschuldner. Fehlt es an einer Niederlassung, unterliegt überdies das Rechtschutzbedürfnis des Gläubigers gesteigerten Anforderungen (§ 354 Abs. 2 InsO).

457 Die Zuständigkeitsregelung zu einem deutschen Territorialverfahren greift sowohl dann ein, wenn auswärts noch kein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, als auch nach einer solchen Eröffnung (§ 356 Abs. 1 InsO). Im zweiten Falle ist das Territorialverfahren Sekundärverfahren, der Eröffnungsantrag steht auch dem auswärtigen Verwalter zu (§ 356 Abs. 2 InsO), und der Eröffnungsgrund wird nicht mehr geprüft (§ 356 Abs. 3 InsO). Überhaupt werden auswärtige Hauptverfahren und auch auswärtige territoriale Insolvenzverfahren in Deutschland anerkannt (§ 343 Abs. 1 Satz 1 InsO), und zwar so, wie sie nach dem auswärtigen Gericht durchzuführen sind (§ 335 InsO). Keine Anerkennung findet lediglich das auswärtige Verfahren, dem es aus deutscher Sicht an der Zuständigkeit gebricht (§ 343 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO).

15 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 3 InsO, Rn. 5.
16 Siehe oben Rn. 449 f.

II. Sachliche Zuständigkeit

Sämtliche Insolvenzverfahren werden nach § 2 Abs. 1 InsO vor den Amtsgerichten durchgeführt. Sie sind demnach funktionell zuständig. Da – anders als für den Zivilprozeß – das Gesetz keine Unterscheidung nach den Varianten des Insolvenzverfahrens oder nach dem Volumen von Vermögen oder Schuldenlast trifft, sind damit immer auch die Amtsgerichte sachlich zuständig. Allerdings ist nicht jedes Amtsgericht zuständig. § 2 Abs. 1 Satz 2 InsO sorgt für eine Zentralisierung bei den Amtsgerichten, in deren Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat (§ 2 Abs. 2 InsO; das ist noch keine Frage der örtlichen Zuständigkeit). Den Ländern ist es jedoch überlassen, hiervon abzuweichen. Sie haben diese Kompetenz auf sehr unterschiedliche Weise genutzt[17]. 458

Die in § 2 Abs. 1 InsO bestimmte sachliche Zuständigkeit für das Insolvenzverfahren ist nicht als Zuständigkeit für alle mit Insolvenz zusammenhängenden Streitigkeiten zu verstehen. Auch wo man keinen ausdrücklichen Verweis auf das »ordentliche Verfahren« wie in § 180 Abs. 1 Satz 1 InsO findet, muß man viele Streitigkeiten außerhalb der Insolvenzgerichtsbarkeit austragen. So verhält es sich beispielsweise mit Aussonderung (§§ 47 f. InsO), Haftung des Verwalters (§§ 60 f. InsO) und Rückgewähr anfechtbaren Erwerbs (§§ 129 ff. InsO).

Die Suche nach der instanziellen Zuständigkeit ist beim Insolvenzverfahren entbehrlich. Es kennt keine Erneuerung des ganzen Verfahrens in einem zweiten Rechtszug. Die Amtsgerichte sind also ohne weiteres immer instanziell zuständig. Lediglich die Überprüfung einzelner Entscheidungen im Verfahrenslauf im Beschwerdeweg (§§ 6, 7 InsO) kann zu übergeordneten Gerichten führen. Dies sind das Landgericht als Beschwerdegericht (§ 72 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 GVG) und der Bundesgerichtshof als das Gericht der Rechtsbeschwerde (§ 133 Fall 3 GVG). Damit sind die Oberlandesgerichte an Insolvenzverfahren – anders als noch in den ersten Jahren der Insolvenzordnung gemäß § 7 InsO ursprünglicher Fassung – nicht mehr unmittelbar beteiligt (wohl freilich noch mittelbar als Berufungsgerichte gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 GVG in Zivilprozessen, welche sich im Umfeld der Insolvenzverfahren abspielen). 459

III. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit knüpft § 3 Abs. 1 Satz 1 InsO an den **allgemeinen Gerichtsstand**. Dies zielt auf §§ 12 bis 17 ZPO. Regelmäßig ist deshalb dasjenige Amtsgericht unter den deutschen Insolvenzgerichten zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner als natürliche Person wohnt (§ 13 ZPO) oder als juristische Person oder Gesellschaft seinen Sitz hat (§ 17 Abs. 1 ZPO). **Mehrfache Zuständigkeit** wird nach dem Prioritätsgrundsatz bewältigt (§ 3 Abs. 2 InsO). Abweichung von Sitz oder Wohnsitz kann sich aus dem Mittelpunkt selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit ergeben (§ 3 Abs. 1 Satz 2 InsO); diese Vorschrift wirft ähnliche Probleme auf wie Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO für die internationale Zuständigkeit[18]. 460

Insolvenz von Nachlaß und Gesamtgut fortgesetzter Gütergemeinschaft sind in Anlehnung an § 3 InsO besonders geregelt (§§ 315, 332 Abs. 1 InsO), sozusagen als Verlängerung der lebzeiti- 461

17 Näher *Becker*, KTS 2000, 157 ff. *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 2 InsO, Rn. 9 ff.; Zusammenstellung der zuständigen Gerichte in Rn. 17; die einschlägigen Bestimmungen im Anhang nach § 2 InsO.

18 Siehe oben zu Rn. 444 ff. Beispiel für die Abgrenzungsschwierigkeiten: AG Essen, Beschluß vom 1. September 2009 – 166 IN 119/09, ZIP 2009, 1826, nebst Gutachten von *Pluta*, ZIP 2009, 1826 ff., betreffend Quelle GmbH. Zum Vorgehen bei Unzuständigkeit siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 3 InsO, Rn. 47 ff.

gen Zuständigkeit bei Insolvenz des Erblassers. Für das Insolvenzverfahren über gemeinschaftlich verwaltetes Gesamtgut (§§ 11 Abs. 2 Nr. 2 Fall 3 InsO) hingegen bleibt es bei § 3 InsO. Das erzeugt Schwierigkeiten bei Wohnsitzverschiedenheit der Eheleute oder Lebenspartner[19]. Den Kompetenzkonflikt löst gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO analog mit § 4 InsO das den in Frage kommenden Amtsgerichten als nächstes gemeinsam übergeordnete Gericht.

462 Ist nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO ein Hauptinsolvenzverfahren in Deutschland zu eröffnen, so ergibt sich die genaue örtliche Zuordnung innerhalb Deutschlands aus § 3 InsO (Art. 4 EuInsVO). Daraus kann sich wegen Anknüpfung an den allgemeinen Gerichtsstand eine Abweichung vom Interessenmittelpunkt ergeben, der überhaupt erst die Zuweisung in die deutsche Gerichtsbarkeit auslöste.

463 Sofern Art. 3 Abs. 1 EuInsVO die deutschen Gerichte für zuständig zur Eröffnung eines Hauptverfahrens erklärt, ohne daß die örtliche Zuständigkeit nach § 3 InsO gegeben ist, sorgt Art. 102 § 1 Abs. 1 EGInsO für die Zuweisung nach dem Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners. Damit ist sowohl Gehorsam gegenüber der EuInsVO geleistet als auch verhindert, daß das deutsche Insolvenzgericht sich der Angelegenheit deswegen entzieht, weil es nach den Regeln des deutschen internationalen Insolvenzrechts (welche die EuInsVO im Verhältnis zu nicht beteiligten Staaten nicht antastet) die Gerichte eines Staates außerhalb des Geltungsbereiches der EuInsVO für zuständig hält.

464 Territorialverfahren nach Art. 3 Abs. 2 EuInsVO gibt Art. 102 § 1 Abs. 2 Satz 1 EGInsO in die Hand des Insolvenzgerichts, in dessen Bezirk der Schuldner seine Niederlassung hat. Unter mehreren Amtsgerichten gilt Priorität (§ 3 Abs. 2 InsO mit Art. 102 § 1 Abs. 2 Satz 2 EGInsO).

465 Unterstützungsmaßnahmen, welche die EuInsVO zu einem Haupt- oder zu einem Territorialverfahren vorsieht, trifft nach Art. 102 § 1 Abs. 3 Satz 1 EGInsO jedes Insolvenzgericht, in dessen Bezirk sich Vermögen des Schuldners befindet.

466 Im Verhältnis zu **Staaten außerhalb des Geltungsbereichs der EuInsVO** setzt § 354 Abs. 3 InsO die Zuständigkeit für Territorialverfahren bei dem Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seine Niederlassung oder hilfsweise Vermögen hat. Priorität reduziert Mehrfachzuständigkeit (§ 3 Abs. 2 InsO mit § 354 Abs. 3 Satz 2 InsO).

467 Unterstützungsmaßnahmen für das ausländische Insolvenzverfahren weist § 348 Abs. 1 Satz 1 InsO demjenigen deutschen Insolvenzgerichts zu, in dessen Bezirk der Schuldner eine Niederlassung oder in Ermangelung derer Vermögen hat. Unter mehreren in Frage kommenden Gerichten gilt Priorität (§§ 3 Abs. 2, 348 Abs. 1 Satz 2 InsO).

IV. Zuständigkeit innerhalb des Gerichts

468 Innerhalb des Amtsgerichts nehmen sinnvollerweise eigene Abteilungen (die Aufgabentrennung ist aber keine zwingende Vorgabe für den nach § 21e GVG aufzustellenden Geschäftsverteilungsplan) die Aufgaben des Insolvenzgerichts wahr. Der Richter ist hierbei, obwohl Einzelrichter (§ 22 Abs. 4 GVG), nicht auf sich allein gestellt. Vielmehr erfährt er starke Unterstützung durch den Rechtspfleger. Ihm sind die Verfahren nach der Insolvenzordnung übertragen (§ 3 Nr. 2 Buchstabe e RPflG). Allerdings sind von der Übertragung elementare Entscheidungen ausgenommen (§ 18 Abs. 1 RPflG). Dazu zählen vor allem diejenigen über den Eröffnungsantrag und über den Antrag auf Restschuldbefreiung. Aber auch das gesamte Eröffnungsverfahren mit seinen mitunter ebenso tief wie die Eröffnung in die Freiheit des Schuldners schneidenden etwaigen vorläufigen Maßnahmen (§§ 21 f. InsO) und in der Kleininsolvenz das Schuldenbereinigungsplanverfahren sind dem Richter vorbehalten (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 RPflG). All diese Angelegenheiten sind für die Beteiligten besonders einschneidend.

19 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 3 InsO, Rn. 13 ff.

Mit Rücksicht auf die verfassungsmäßige besondere Stellung des Richters bei Eingriffen in Freiheitsgrundrechte (Art. 13 Abs. 2, 104 Abs. 2 Satz 1 GG) sind unter den Zwangsmaßnahmen (siehe §§ 21 f., 97 bis 99, 101 InsO) einige wegen ihres Inhaltes dem Rechtspfleger nicht zugänglich. Dies betrifft die (auch wegen § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPflG dem Rechtspfleger entzogene) Ermächtigung eines vorläufigen Insolvenzverwalters zur Durchsuchung (inbegriffen in § 22 Abs. 3 Sätze 1 und 2 InsO[20]) und nach Eröffnung das Durchsuchen und die Übernahme von Räumen des Schuldners durch den Verwalter mit Hilfe des Gerichtsvollziehers im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 148 Abs. 2 Satz 1 InsO mit §§ 758a, 883, 885 ZPO, 4 InsO[21]). Ferner kann eine Verhaftung des Schuldners (§§ 21 Abs. 3, 22 Abs. 3 Satz 3, 98 Abs. 2, Abs. 3, 101 Abs. 1 InsO, 904 ff. ZPO) nur der Richter anordnen (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 RPflG; im Eröffnungsverfahren auch wegen § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPflG Richterangelegenheit). 469

Der Richter hat darüber hinaus ein Rückholrecht in den gesetzlich dem Rechtspfleger überlassenen Aufgaben (§ 18 Abs. 2 RPflG). Entscheidungen des Rechtspflegers über Stimmrechte von Gläubigern haben nicht die volle Tragweite richterlicher Entscheidungen (§ 18 Abs. 3 RPflG). Außerdem legt der Rechtspfleger die Angelegenheit dem Richter vor, wenn eine verfassungsrechtliche Klärung notwendig erscheint oder enger Zusammenhang mit einer richterlichen Aufgabe besteht (§ 5 Abs. 1 RPflG); er kann das gemäß § 5 Abs. 2 RPflG auch tun, wenn ausländisches Recht zu berücksichtigen ist. 470

Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPflG mit § 6 Abs. 1 InsO) bringt die Entscheidung des Rechtspflegers vor das Landgericht (§ 72 Abs. 1 Fall 2 GVG). Deren Bearbeitung ist Richterangelegenheit, da das Gesetz sie nicht dem Rechtspfleger überträgt. Es entscheidet ein Einzelrichter (§§ 568 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 ZPO, 4 InsO). Dessen ist er allerdings enthoben, wenn der Rechtspfleger der Beschwerde selbst abhilft (§§ 572 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO, 4 InsO[22]). 471

Auch die Erinnerung gegen die Rechtspflegerentscheidung (gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG nur dort statthaft, wo Beschwerde unstatthaft ist) führt zum Richter (§ 11 Abs. 2 Satz 3 RPflG). Empfänger der Vorlage ist der Richter am Insolvenzgericht. Die Vorlage unterbleibt, sofern der Rechtspfleger der Erinnerung abhilft (§ 11 Abs. 2 Satz 2 RPflG). 472

20 *Haarmeyer*, in: MünchKomm, § 22 InsO, Rn. 179.

21 Der bloße Eröffnungsbeschluß genügt als Vollstreckungstitel. Doch ist dies nicht unstreitig. Siehe *Füchsl/Weishäupl*, in: MünchKomm, § 148 InsO, Rn. 68, m.w.N.

22 Dazu *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 6 InsO, Rn. 60.

§ 11 Berührung mit dem Insolvenzgericht, Kenntnis von seinen Maßnahmen und Teilnahme am Verfahren

I. Eingaben an das Insolvenzgericht

Literatur: *Delhaes*, Die Stellung, Rücknahme und Erledigung verfahrensleitender Anträge nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 141 ff.; *Riebeling*, Der Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologie im Insolvenzverfahren, 2007. Siehe auch Hinweise zu Rn. 192, 411.

473 Die Beteiligten können sich frei von Anwaltszwang[1] unmittelbar an das Insolvenzgericht wenden. Gemäß § 496 ZPO in Verbindung mit § 4 InsO bringen sie ihre Gesuche und Erklärungen schriftlich oder mündlich zur Niederschrift der Geschäftsstelle an.

1. Schriftliche Eingaben

474 Schriftlich sind zunächst zu Papier gebrachte und unterschriebene Eingaben. Doch genügen auch elektronische Übermittlungen wie beispielsweise Telefaksimile (Fernkopie) oder *electronic mail*, solange nur die Urheberschaft und die Endgültigkeit der Äußerung ähnlich gewiß erscheinen wie bei einer Eingabe auf Papier. Die in § 130a ZPO mit § 4 InsO vorgesehene Übermittlung als elektronisch signiertes elektronisches Dokument ist nur einer, nicht der einzige Weg elektronischer Kommunikation mit dem Insolvenzgericht. Schriftliche Eingaben sollen zur leichteren Bearbeitung die in § 130 ZPO (mit § 4 InsO) genannten Bestandteile enthalten. Wirksam sind sie aber wie grundsätzlich alle Verfahrenshandlungen auch mit Lücken, solange nur das Begehren und sein Urheber und der Adressat erkennbar sind. Der juristischen Fachausdrücke braucht der Eingebende sich nicht zu bedienen. Es sind auch nicht für den Eröffnungsantrag die Anforderungen dadurch verschärft, daß sich aus § 253 Abs. 2 ZPO mit § 4 InsO der Zwang zur Angabe von Absender, Gericht und Antrag ableitet. Zwar läßt sich der Eröffnungsantrag mit der Klageschrift als Verfahrensinitiative vergleichen; aber die Mindestangaben sind sehr leicht gemacht. Vorschriften der Insolvenzordnung über einzelne Eingaben können zusätzliche inhaltliche Anforderungen erheben. Dies ist etwa in § 14 Abs. 1 InsO für den Eröffnungsantrag des Gläubigers der Fall. Von besonderer Bedeutung ist der **Vordruckzwang** für den **Eigenantrag zum Kleininsolvenzverfahren** (§ 305 Abs. 5 InsO mit VbrInsVV). Hilfestellung zur Bewältigung des Konvolutes erfährt der Schuldner in den Schuldnerberatungsstellen. Auch das Regelverfahren tendiert zum Vordruckzwang für den Eigenantrag (§ 13 Abs. 3 InsO).

2. Eingaben zu Protokoll der Geschäftsstelle

475 Die mündlich zu Protokoll gemachte Erklärung wird der aufnehmende Beamte in die gehörige Fassung bringen. Formfehler sind hier kaum zu erwarten. Zu dem Protokoll kann der Erklärende auch ein Schriftstück reichen[2].

1 Siehe oben Rn. 303 ff.

2 *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 129a ZPO, Rn. 1.

Gemäß §§ 129a ZPO, 4 InsO muß der Antragsteller sich nicht an die Geschäftsstelle eben des zuständigen Insolvenzgerichts wenden. Er kann sich vielmehr gemäß §§ 129a Abs. 1 ZPO, 4 InsO an die Geschäftsstelle eines beliebigen Amtsgerichts wenden. Das Amtsgericht muß nicht einmal überhaupt zu den Insolvenzgerichten zählen.[3] Doch geht der mit dem Weiterreichen (§§ 129a Abs. 2 Satz 1 ZPO, 4 InsO) einhergehende Zeitverlust zu Lasten des Erklärenden (§§ 129a Abs. 2 Satz 2 ZPO, 4 InsO). 476

3. Eingaben an unzuständige Gerichte

Eine Eingabe an ein unzuständiges Gerichte macht dieses Gericht auch bei rügeloser Einlassung nicht zum zuständigen, weil die insolvenzrechtlichen Zuständigkeiten nach §§ 2, 3, 315 InsO ausschließliche sind (§§ 40 Abs. 2 Satz 2 ZPO, 4 InsO). 477

Das unzuständige Gericht wird, wenn sich das zuständige Insolvenzgericht aus der Eingabe ersehen läßt, zumeist von sich aus die Eingabe an das Insolvenzgericht weiterleiten. Bei Unklarheit hält es Rücksprache mit dem Erklärenden. Handelt es sich bei der Eingabe um einen Antrag, kommt (sowohl bei von vornherein klarer als auch bei zunächst unklarer Zuständigkeit) Verweisung entsprechend § 281 Abs. 1 ZPO (§ 4 InsO) in Frage.[4] 478

II. Kundgabe an Beteiligte; Öffentlichkeit in Zustellungen, Bekanntmachungen und Registereinträgen; Mitteilungen

Literatur: *Heeseler*, Auskunfts-/Akteneinsichtsrechte und weitere Informationsmöglichkeiten des Gläubigers im Regelinsolvenzverfahren, ZInsO 2001, 873 ff.; *Holzer*, Die Offenlegung der Jahresabschlüsse von Kapitalgesellschaften nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZVI 2007, 401 ff.; *Jansen/Hung*, Insolvenzbekanntmachungen.de – Eine neue Haftungsfalle für den Rechtsanwalt, NJW 2004, 3379 ff.; *Keller*, Die öffentliche Bekanntmachung im Insolvenzverfahren, ZIP 2003, 149 ff.; *Werres*, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, 2007.

Die Vielzahl möglicher Beteiligter im engen wie im weiten Sinne und sonst von einem Insolvenzverfahren Betroffener[5] bringt Besonderheiten in der Äußerung des Gerichts über seine Entscheidungen gegenüber dem einzelnen und der Allgemeinheit mit sich[6]. 479

1. Zustellung oder einfache Mitteilung

Die Lektüre von § 8 InsO darf nicht etwa zu dem Schlusse verleiten, sämtliche Entscheidungen des Insolvenzgerichts seien den von ihnen Betroffenen zuzustellen. Die Vorschriften des § 8 InsO setzen vielmehr eine anderwärts aufzusuchende besondere Bestimmung der Zustellungsbedürftigkeit voraus. Ohne eine solche gibt es allenfalls formlose Mitteilungen oder nicht einmal diese. Insbesondere beziehen die Entscheidungen nicht erst aus Zustellung oder sonstiger Mitteilung ihre Wirksamkeit. Viel- 480

3 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 2 InsO, Rn. 25 ff.; § 3 InsO, Rn. 53 f.; § 4 InsO, Rn. 19.

4 Näher zu Weiterleiten und Verweisung *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 2 InsO, Rn. 23, § 3 InsO, Rn. 49.

5 Siehe oben Rn. 254 ff. (§ 7 II).

6 Siehe über Publizität des Insolvenzverfahrens bereits oben Rn. 31, 233 ff.

mehr wird der zuzustellende wie der nicht zuzustellende Beschluß mit seinem Erlaß wirksam[7].

481 **Zustellungspflichtig** sind beispielsweise:

- Verfügungsverbot im Eröffnungsverfahren (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 InsO);
- Eröffnungsbeschluß (§ 30 Abs. 2 InsO);
- Festsetzung der Verwaltervergütung (§ 64 Abs. 2 Satz 2 InsO);
- Schuldenbereinigungsplan (§ 306 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- beschwerdefähige Beschlüsse (§§ 329 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 ZPO, 4 InsO), weil die Beschwerde eine sofortige (§ 6 Abs. 1 InsO) und deswegen fristgebunden ist (§§ 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 4 InsO).

482 § 8 InsO sieht für die Zustellung den Amtsbetrieb vor und regelt einige Details. Öffentliche Bekanntmachung kann Zustellung ersetzen (§ 9 Abs. 3 InsO). Im übrigen gelten gemäß § 4 InsO die Regeln des Zivilprozesses über Zustellungen von Amts wegen (§§ 166 ff. ZPO). Grenzüberschreitende Zustellungen behandelt eine europäische Verordnung[8].

483 **Als einfache** Mitteilungen sind vorgesehen:

- Unterrichtung über Zeitpunkt, zu welchem eine Verfahrenseinstellung oder die Verfahrensaufhebung nach Annahme und Bestätigung des Insolvenzplans wirksam wird (§ 215 Abs. 1 Satz 2 InsO; § 258 Abs. 3 Satz 2 InsO);
- Zuleitung des vom Gericht vorgeprüften Insolvenzplans (§ 232 InsO);
- Übersendung des angenommenen und gerichtlich bestätigten Insolvenzplans (§ 252 Abs. 2 InsO);
- Eingaben Beteiligter (§ 270 Satz 1 ZPO mit § 4 InsO); hierbei ist freilich zu berücksichtigen, daß nicht alle Beteiligten sich in jeder Frage wie Kläger und Beklagter gegenüberstehen; nur die jeweils Betroffenen erhalten die Mitteilung;
- alle Beschlüsse des Insolvenzgerichts (§§ 329 Abs. 2 Satz 1 ZPO, 4 InsO); es sei denn, sie müssen zugestellt werden, weil fristgebundene Beschwerde statthaft ist (§§ 329 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 ZPO, 4 InsO), oder sie werden verkündet, was bei ausnahmsweise voraufgehender mündlicher Verhandlung der Fall ist (§§ 329 Abs. 1 ZPO, 4 InsO).

484 Wenngleich im Prinzip kein Zustellungsfall, sondern nur einfache Mitteilung, ist doch die internationale Aufforderung an die dem Gericht bei Eröffnung bekannten Gläubiger (Art. 40 EuInsVO) mit der Strenge eines Formblattes behaftet (Art. 42 EuInsVO). Eröffnet ein deutsches Insolvenzgericht das Verfahren, wird es allerdings in den übrigen Mitgliedstaaten für Zustellung eines Hinweises auf die Folgen verspäteter Anmeldung sorgen (Art. 102 § 11 EGInsO). Dieser Hinweis tritt neben die allfällige Zustellung des Eröffnungsbeschlusses an die Gläubiger (§ 30 Abs. 2 InsO), welcher immer schon eine Aufforderung zur Anmeldung enthält (§ 28 Abs. 1 Satz 1 InsO).

485 Die Effizienz der nationalen und internationalen Einladung zur Teilnahme hängt ganz wesentlich von der Ermittlungsarbeit eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO) ab sowie – im Kleinverfahren – von der Sorgfalt, welcher der Schuldner auf die Schuldenbereinigungsplanung (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 und 4 InsO) verwendet.

7 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 8 InsO, Rn. 7. Näher zu den Beschlüssen unten Rn. 523 ff.

8 Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. EU 2007, L 324/79. Dazu §§ 1067 ff. ZPO.

2. Bekanntmachungen

Wichtige Schritte des Verfahrens werden öffentlich bekanntgemacht[9]. Dadurch sollen diejenigen erreicht werden, deren Rechtsstellung im Verfahren zu berücksichtigen ist. Es soll aber auch ganz allgemein der Verkehr auf die Insolvenz und die ihretwegen ergriffenen Maßnahmen aufmerksam gemacht werden. Das trifft auch den Anwalt oder ein Inkassobüro, den oder das ein Forderungsinhaber, selbst vom laufenden Insolvenzverfahren über das Vermögen seines Anspruchsgegners noch nichts wissend, mit der Forderungswahrnehmung beauftragt. Zu den Sorgfaltspflichten des Betrauten wird es je nach den Umständen zählen, vor kostenträchtigen Schritten individueller Rechtsverfolgung zu prüfen, ob bereits ein Insolvenzverfahren im Gange ist[10]. 486

Allgemeine Regelungen zur öffentlichen Bekanntmachung enthält § 9 InsO. Die Bekanntmachung geschah ursprünglich durch ein wiederkehrend erscheinendes Blatt, welches für amtliche Bekanntmachungen des Insolvenzgerichts vorgesehen war (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 InsO a.F.). Ein solches Blatt mußte nicht selbst amtlich sein; es konnte sich auch um eine Tageszeitung handeln. Zunächst nur Alternative, ist nunmehr Bekanntmachung über das Rechnernetz der allein vorgesehene Weg (§ 9 Abs. 1 Satz 1 InsO)[11]. Besondere Vorschriften hierzu sind um Zuverlässigkeit und Schutz des auch dem insolventen Schuldner zukommenden Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung[12] bemüht (§ 9 Abs. 2 Sätze 2 und 3 InsO und die vom Bundesjustizministerium erlassene Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet[13]). 487

Jedes Medium hat seine Vorteile und seine Nachteile. Die Erreichbarkeit der elektronisch gespeicherten Information von überall zu jeder Zeit ist störungsanfällig und setzt ans Netz angeschlossene Geräte sowie gezielte Nachschau voraus. Auf die Information in einer Tageszeitung stößt man auch zufällig, jedoch in der Regel nur zeitnah. Dem mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung stets abzuwägenden Zweck möglichst weiter Verbreitung entsprechend läßt § 9 Abs. 2 Satz 1 InsO zusätzliche Veröffentlichungen zu – parallel zur öffentlichen Bekanntmachung oder später. Das Insolvenzgericht nimmt diese Befugnis nach pflichtgemäßem Ermessen wahr. Bei der Abwägung berücksichtigt es auch die Kostenlast (Nr. 9004 Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG), welche (gemäß §§ 23 [vor allem Abs. 3] GKG, 54 Nr. 1 InsO) den Schuldner trifft. Nicht schützenswert hingegen ist die Hoffnung von Gläubigern, andere Gläubiger mögen nichts vom Verfahren bemerken, damit die Erlösanteile nicht sinken. Die anfängliche Regelung, daß auf jeden Fall Verfahrenseröffnung und Verfahrensaufhebung zusätzlich im Bundesanzeiger publiziert werden (§ 30 Abs. 1 Satz 2 InsO a.F.; § 200 Abs. 2 Satz 2 InsO a.F.) gilt nicht mehr. 488

Mit äußerster Behutsamkeit geht das Insolvenzgericht die Frage an, ob es eine Pressemitteilung absetzt. Hier muß es das von Fall zu Fall unterschiedlich hohe, inhaltlich und räumlich unterschiedlich weitreichende Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit wie der allgemeinen Medien mit dem Diskretionsinteresse des Schuldners in Einklang bringen. 489

Bekanntmachungsfälle sind beispielsweise: 490

- Anordnung der Schriftlichkeit des Insolvenzverfahrens oder Teile desselben sowie Aufhebung oder Änderung einer solchen Anordnung (§ 5 Abs. 2 Satz 3 InsO);
- vorläufige Entziehung der Verfügungsgewalt im Eröffnungsverfahren (§ 23 Abs. 1 Satz 1 InsO);

9 Siehe bereits oben Rn. 233 ff.

10 Vgl. *Jansen/Hung*, NJW 2004, 3379 ff., betreffend Anwalt und Internet-Recherche (zu dieser sogleich Rn. 487 ff.

11 Vom Land Nordrhein-Westfalen eingerichteter Zugang durch https://www.insolvenzbekanntmachungen.de (geprüft am 13. November 2009).

12 Dieses siehe bei BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83 u.a., NJW 1984, 419 ff., betreffend Volkszählung.

13 BGBl. I 2002, 677, zuletzt geändert am 13. April 2007, BGBl. I 2007, 509.

- Aufhebung dieser Sicherungsmaßnahme (§§ 23 Abs. 1 Satz 1, 25 Abs. 1 InsO);
- Eröffnung (§ 30 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- Übergang von Fremd- zu Eigenverwaltung und umgekehrt (§ 273 InsO);
- Einladung zur Gläubigerversammlung (§ 74 Abs. 2 Satz 1 InsO; gelegentlich Sonderbestimmungen wie § 30 Abs. 1 Satz 1 InsO mit § 29 InsO; § 235 Abs. 2 InsO);
- Feststellung von Summe der Insolvenzforderungen und verteilbarem Erlös gemäß Verteilungsverzeichnis (§ 188 Satz 3 InsO);
- Einstellung (§ 215 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- Aufhebung (§ 200 Abs. 2 Satz 1 InsO);
- Festsetzung der Verwaltervergütung (§ 64 Abs. 2 Satz 1 InsO); freilich ohne Erwähnung des Betrags (§ 64 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 InsO);
- Restschuldbefreiung (§ 300 Abs. 3 Satz 1 InsO);
- deren Widerruf (§ 303 Abs. 3 Satz 3 InsO).

491 Die **Bekanntmachung** entfaltet ihre **Wirkung mit Ablauf von zwei Tagen** nach dem Veröffentlichungstage (§ 9 Abs. 1 Satz 3 InsO). Hiervon inbegriffen ist Gleichsetzung mit etwa erforderlicher Zustellung (§ 9 Abs. 3 InsO). Insbesondere löst Bekanntmachung wie Zustellung den Lauf der Beschwerdefrist (§§ 569 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO, 4 InsO) aus – soweit das nicht schon zuvor die wirkliche Zustellung tat[14].

492 Auch **grenzüberschreitend** gibt es Bekanntmachungen. In Deutschland erfährt die Öffentlichkeit so

- auf Antrag von Verfahrenseröffnung und Verwalterbestellung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, soweit das Recht des Verfahrensstaates es vorsieht (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO; dazu Art. 102 § 5 Abs. 1 EGInsO);
- hat der Schuldner in Deutschland eine Niederlassung, geschieht die Bekanntmachung sogar von Amts wegen (Art. 21 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO mit Art. 102 § 5 Abs. 2 Satz 1 EGInsO); die Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 102 § 1 EGInsO; die Kosten sind Kosten des Insolvenzverfahrens gemäß Art. 23 Fall 1 EuInsVO;
- außerhalb des Anwendungsbereichs der EuInsVO ebenfalls auf Antrag von auswärtiger Eröffnung und Verwalterbestellung (§ 345 Abs. 1 Satz 1 InsO); im Falle einer deutschen Niederlassung von Amts wegen (§ 345 Abs. 2 Satz 1 InsO); Zuständigkeit nach § 348 InsO.

493 Umgekehrt wird die in Deutschland beschlossene Eröffnung nebst Verwalterbestellung europaweit bekanntgemacht (Art. 21 EuInsVO). Die Kosten sind Masseverbindlichkeiten nach § 53 Fall 1 InsO, Art. 23 Fall 1 EuInsVO.

494 Die Bekanntmachungen werden insbesondere von Auskunfteien, Verlagen, Verbänden und Kreditversicherern aufmerksam verfolgt. Sie ziehen vielfache Verbreitung auf Anfrage oder in periodischen Mitteilungen nach sich. Herkömmlicher Schriftwechsel oder Druckerzeugnisse[15] werden dafür ebenso eingesetzt wie elektronische Datenübermittlung.

3. Registereinträge

495 Soweit die Insolvenz registrierte Schuldner oder Massegegenstände betrifft, veranlaßt das Insolvenzgericht Einträge. Anzuführen sind insbesondere:

496 im Hinblick auf Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- oder Vereinsregister

- Entziehung der Verfügungsgewalt im Eröffnungsverfahren (§ 23 Abs. 2 InsO);
- Aufhebung dieser Maßnahme (§§ 23 Abs. 2, 25 Abs. 1 InsO);

14 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 9 InsO, Rn. 25, m.w.N.

15 Z.B. die auf gelbem Papier gedruckte Einlage »Insolvenzreport« in der Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht.

- Eröffnung (§ 31 Nr. 1 InsO);
- auflösend wirkende Abweisung mangels Masse (§ 31 Nr. 2 InsO);

im Hinblick auf Grundbuch und ähnliche Register 497

- Entziehung der Verfügungsgewalt im Eröffnungsverfahren (§ 23 Abs. 3 InsO);
- Aufhebung dieser Maßnahme (§§ 23 Abs. 3, 25 Abs. 1 InsO);
- Eröffnung (§§ 32, 33 InsO).

Weitere Registereinträge ergeben sich aus dem zum jeweiligen Register gehörigen Gesetz – beispielsweise aus § 32 HGB betreffend das Handelsregister; aus § 8b Abs. 2 Nr. 11 HGB, anknüpfend an Bekanntmachungen des Insolvenzgerichts nach § 9 InsO, betreffend das Unternehmensregister. Grenzüberschreitende Registrierungen regeln Art. 22, 23 EuInsVO und Art. 102 § 6 EGInsO einerseits sowie (außerhalb des Bereichs der EuInsVO) § 346 InsO andererseits. 498

4. Niederlegung beim Insolvenzgericht zur Einsicht

Von einigen Unterlagen wünscht der Gesetzgeber ausdrücklich, daß das Insolvenzgericht sie zur Einsicht bereithalte. So hält er es mit: 499

- den vom Insolvenzverwalter erstellten Verzeichnissen von Masse und Gläubigern und der Vermögensübersicht (§ 154 InsO);
- der Tabelle angemeldeter Forderungen (§ 175 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- dem Verteilungsverzeichnis (§ 188 Satz 2 InsO);
- dem vom Gericht vorgeprüften Insolvenzplan (§ 234 InsO);
- dem Beschluß zur Verwaltervergütung einschließlich Höhe des Betrages (§ 64 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 InsO).

Doch auch ohne besondere Regelung genießen Betroffene nach Maßgabe von §§ 299 f. ZPO mit § 4 InsO Akteneinsicht. Die Einzelheiten sind umstritten[16]. 500

5. Schuldnerverzeichnis

Das in der Einzelzwangsvollstreckung ebenfalls eingesetzte Schuldnerverzeichnis (§§ 915 ff. ZPO mit Ausführungsverordnungen nach § 915h ZPO) nimmt die Ablehnung der Eröffnung mangels Masse auf (§ 26 Abs. 2 Satz 1 InsO)[17]. Das Verzeichnis dient nicht allein der Zwangsvollstreckung, sondern auch gesetzlichen Prüfungen wirtschaftlicher Zuverlässigkeit, Feststellungen vor Gewährung öffentlicher Leistungen, Verhütung von Nachteilen aus Zahlungsträgheit sowie der Strafverfolgung (§ 915 Abs. 3 ZPO). Auskünfte und Abdrucke regeln §§ 915b ff. ZPO. Empfänger können unter anderem auch Auskunfteien sein (§ 915e Abs. 1 Buchstabe b ZPO). Ihr Erkenntnisinteresse ist in § 915 Abs. 3 ZPO unter dem Gesichtspunkt der Verhütung von Nachteilen aus Nichtbedienung von Zahlungspflichten gedeckt. Denn an sie wenden sich Gläubiger in Zuge von Durchsetzungsbemühungen; und an sie wenden sich Geschäftspartner vor oder nach Entstehen einer Verbindung, um die künftigen Zahlungsrisiken abschätzen zu können. 501

6. Mitteilungen an Institutionen

Die verschiedensten Behörden und Gerichte erhalten Mitteilungen von wichtigen Entscheidungen des Insolvenzgerichts nach der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (»MiZi«). Diese Anordnung ist eine von den Justizministerien des Bundes und der Länder gleichlautend 502

16 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4 InsO, Rn. 24.
17 Siehe bereits oben Rn. 30 f. Näheres unten zu Rn. 747 ff.

erlassene Verwaltungsvorschrift[18]. Ermächtigungsgrundlage für die Übermittlung sind §§ 12, 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG.

7. Insolvenzstatistik

503 Statistische Angaben zu Insolvenzen erheben nicht nur private Institutionen, sondern auch das Statistische Bundesamt. Den dazu notwendigen Datenfluß stellt § 39 EGGVG sicher.

III. Anhörung

Literatur: Siehe oben vor Rn. 239

504 Die Beteiligten genießen wie in grundsätzlich jedem Verfahren vor einer öffentlichen Stelle Gehör. Das gilt unabhängig davon, ob Anhörung zu einer bestimmten Entscheidung eigens geregelt ist oder nicht[19].

505 Ausdrückliche Einzelbestimmungen über Anhörung gelten vornehmlich dem **Schuldner**. Beispiele sind Anhörungen zu:

- Eröffnungsantrag eines Gläubigers (§ 14 Abs. 2 InsO);
- Eröffnungsantrag nur von einzelnen Mitgliedern des Schuldnerorgans (§ 15 Abs. 2 Satz 3 InsO);
- Eröffnungsantrag zur Nachlaßinsolvenz nur von einzelnen Erben (§ 317 Abs. 2 Satz 2 InsO);
- Postsperre als Sicherungsmaßnahme (§§ 21 Abs. 2 Nr. 4, 99 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Verhaftung des Schuldners als Sicherungsmaßnahme (§ 21 Abs. 3 Satz 1 InsO);
- Verhaftung des Schuldners im eröffneten Verfahren (§ 98 Abs. 2 InsO);
- Postsperre im eröffneten Verfahren (§ 99 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Stillegung oder Veräußerung des Unternehmens vor dem Berichtstermin (§ 158 Abs. 2 Satz 1 InsO);
- Aufhebung der Eigenverwaltung (§ 272 Abs. 2 Satz 2 InsO);
- gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans (§ 248 Abs. 2 InsO);
- vorzeitige Versagung der Restschuldbefreiung (§§ 296 Abs. 2 Satz 1, 298 Abs. 2 Satz 1 InsO);
- Entscheidung über Restschuldbefreiung am Ende der Wohlverhaltensperiode (§ 300 Abs. 1 InsO);
- Widerruf der Restschuldbefreiung (§ 303 Abs. 3 Satz 1 InsO).

506 Aber auch **Gläubiger** und in ihrer Stellung als **Organ** oder **Organmitglied** betroffene Personen genießen ausdrücklich Gehör. So verhält es sich bei:

- Entlassung des Insolvenzverwalters (§ 59 Abs. 1 Satz 3 InsO betreffend Verwalter);
- Entlassung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses (§ 70 Satz 3 Halbsatz 1 InsO betreffend das Mitglied);
- Untersagung von Stillegung oder Veräußerung des Unternehmens (§ 158 Abs. 2 Satz 2 InsO);
- Absehen von Verwertung im Kleinverfahren (§ 314 Abs. 2 InsO);
- vorzeitige Versagung der Restschuldbefreiung (§ 296 Abs. 2 Satz 1 InsO betreffend Gläubiger);
- Entscheidung über Restschuldbefreiung am Ende der Wohlverhaltensperiode (§ 300 Abs. 1 InsO betreffend Gläubiger);

18 Siehe beispielsweise für Bayern BayJMBl. 1998, 64 ff., mit (verspäteten) Änderungen BayJMBl. 1999, 110 und BayJMBl. 2001, 115; zuletzt geändert BayJMBl. 2006, 155.

19 Siehe oben Rn. 239 ff.

- Widerruf der Restschuldbefreiung (§ 303 Abs. 3 Satz 1 InsO betreffend Gläubiger).

Die Anhörung des Verwalters ist nicht immer unter dem Gesichtpunkt des rechtlichen Gehörs zu lesen. Sie dient oftmals nicht der Wahrung von Interessen der Person des Verwalters, sondern der vom Gericht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 InsO zu betreibenden Sachaufklärung. So verhält es sich beispielsweise bei Aufhebung der Postsperre (§ 99 Abs. 3 Satz 2 InsO) und bei der Restschuldbefreiung (§ 300 Abs. 1 InsO). Freilich wird der Verwalter, gerechter Verteilung (§ 1 Satz 1 InsO) verpflichtet, immer auch auf Interessen Beteiligter aufmerksam machen, falls sie ungehörig zurückgedrängt zu werden drohen. Im übrigen kommt auch die Gewährung rechtlichen Gehörs der Sachaufklärung zugute. 507

Die Anhörung des Gläubigerausschusses (etwa nach § 156 Abs. 2 Satz 1 InsO im Berichtstermin; nach § 232 Abs. 1 Nr. 1 InsO zum gerichtlich vorgeprüften Insolvenzplan; nach § 248 Abs. 2 InsO vor Bestätigung des angenommenen Insolvenzplans) ist deutlicher als die Anhörung des Verwalters zugleich organschaftliche Unterstützung und Interessenartikulation in Vertretung für die einzelnen Gläubiger. 508

Mit Rücksicht auf die Effizienz des Verfahrens **schränkt** allerdings § 10 InsO das **Gehör des Schuldners** ein, wenn er oder seine Organe sich im Ausland oder an unbekanntem Ort aufhalten und deswegen schwer erreichbar sind. Die Regelung betrifft nicht nur die ausdrücklich in der Insolvenzordnung erwähnten, sondern alle Anhörungen des Schuldners[20]. Die Möglichkeit zum Ausweichen auf einen Vertreter oder einen Angehörigen des Schuldners beziehungsweise des Organes gibt Gelegenheit zu manchem Zweifel. Angesichts der grundrechtlichen und tatsächlichen Bedeutung des Gehörs wird das Insolvenzgericht nicht schlechthin bei Auslandsaufenthalt Unerreichbarkeit annehmen dürfen. Und bei der Wahl der Ersatzperson ist kritisch zu fragen, ob sie die Interessen und Vorstellungen des Schuldners so authentisch wie möglich artikuliert. Diese Sorge betrifft auch den Fall der Führungslosigkeit einer juristischen Person, worin gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 InsO die Mitglieder zu hören sind (während vom Aufsichtsrat, anders als in § 15a Abs. 3 InsO betreffend Antragspflicht[21], keine Rede ist). Alles in allem ist, wenn der Schuldner wirklich mit angemessenem Aufwand nicht zu erreichen sein sollte, die Regelung das deutlich kleinere Übel gegenüber Stillstand des Verfahrens oder Entscheidung ohne jede Berücksichtigung des Schuldners. 509

Sorge um **Gefährdung des Verfahrensziels** kann ebenfalls das Schuldnergehör verkürzen. Ausdrücklich ist dies für die Postsperre während laufenden Insolvenzverfahrens und als Sicherungsmaßnahme im Eröffnungsverfahren vorgesehen (§ 99 Abs. 1 Satz 2 InsO; § 22 Abs. 2 Nr. 4 InsO). Das Gehör wird dann nachgelagert (§ 99 Abs. 1 Satz 3 InsO; § 22 Abs. 2 Nr. 4 InsO). Der Gefährdungsgedanke ist auf andere Eingriffe entsprechend anzuwenden. Dann wird ebenfalls das Gehör erst nachträglich geboten[22]. 510

Anhörung bietet insbesondere jede Gläubigerversammlung (für Berichtstermin ausdrücklich § 156 Abs. 2 InsO). Auch die Aufforderung zur Anmeldung von Forderungen (§ 28 Abs. 1 Satz 1 InsO)[23] und jede Bekanntmachung[24] ist Einladung zur Nutzung rechtlichen Gehörs. Dasselbe gilt für die Niederlegung von Unterlagen[25] und für die Rechtsbehelfe[26]. 511

IV. Fristen und Termine und ihre Versäumung

Durch das ganze Insolvenzverfahren ziehen sich Termine und Fristen. Für sie gelten die Regeln des Zivilprozesses nach § 4 InsO entsprechend, soweit nicht die Insolvenzordnung speziellere Bestimmungen enthält (z.B. § 139 InsO) oder sich die Pro- 512

20 *Becker*, in *Nerlich/Römermann*, § 10 InsO, Rn. 1 f.
21 Vgl. oben Rn. 438.
22 Näher *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 21 InsO, Rn. 44.
23 Siehe oben Rn. 484.
24 Siehe oben Rn. 486 ff.
25 Siehe oben Rn. 499 f.
26 Siehe unten Rn. 529 ff. (§ 12 III).

zeßregel nicht zur Übertragung auf den fraglichen Punkt des Insolvenzverfahrens eignet. Daher sind §§ 214 ff. ZPO heranzuziehen, und namentlich werden gemäß §§ 222 Abs. 1 ZPO, 4 InsO Fristen grundsätzlich nach bürgerlichem Recht (§§ 186 ff. BGB) berechnet. Versäumung eines Termins oder einer Frist kann eventuell nach §§ 230 ZPO, 4 InsO schaden. Doch lassen sich ungünstige Folgen möglicherweise mittels Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 233 ff. ZPO, 4 InsO verhindern. Nicht etwa ist der Zugriff auf die Prozeßregeln über Wiedereinsetzung deswegen verschlossen, weil § 186 InsO Wiedereinsetzung nach Versäumung des Prüfungstermins (§ 176 InsO) eigens unter Verweis auf §§ 233 ff. ZPO regelt und man glauben könnte, ohne eine solche besondere Anordnung gäbe es keine Wiedereinsetzung. Vielmehr bleibt die generelle Verweisung in § 4 InsO unberührt. Doch kennt nicht jede Frist wegen § 4 InsO Wiedereinsetzung, sondern nur eine solche, welche unter die in § 233 ZPO aufgeführten Fristen fällt. Im Insolvenzverfahren sind dies unter anderem die Notfristen (§§ 233 Fall 1 ZPO, 4 InsO) für Beschwerde (§§ 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 4 InsO), Rechtsbeschwerde (§§ 575 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 4 InsO)[27] und Stellungnahme zum Schuldenbereinigungsplan (§ 307 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 InsO). Der restriktiven Handhabung einer Wiedereinsetzung steht mildernd gegenüber, daß nicht jede Versäumung gemäß §§ 230 ZPO, 4 InsO Ausschluß bedeutet[28].

513 Aus den zahlreichen Bestimmungen über Fristen und Termine im Insolvenzverfahren sind beispielhaft zu nennen:

- Frist für den Eröffnungsantrag zum Nachlaßinsolvenzverfahren (§ 319 InsO);
- Dauer der Abtretung von Arbeitseinkünften an den Treuhänder für die Restschuldbefreiung (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO);
- Notfrist für Stellungnahme zum Schuldenbereinigungsplan (§ 307 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 InsO);
- Frist für Nachmeldung einer Forderung zum gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan (§ 308 Abs. 3 Satz 2 InsO);
- Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Bekanntmachungen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 InsO);
- Terminierung von Gläubigerversammlungen (§§ 74 Abs. 2, 29, 197 Abs. 2, 235, 241 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Haftdauer (§§ 913 ZPO, 98 Abs. 2 und Abs. 3, 21 Abs. 3 InsO);
- Zeitraum der Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3, 139 InsO);
- Wirkungsdauer der Zession von Arbeitseinkünften (§ 114 Abs. 1 InsO);
- Fristen für Anfechtungen (§§ 130 bis 136, 139 InsO); Zeitpunktbestimmung dazu (§ 140 InsO);
- Frist für Interessenausgleich zur Vermeidung arbeitsgerichtlichen Beschlusses (§ 126 Abs. 1 Satz 1 InsO);
- Frist zur Anmeldung der Insolvenzforderungen (§ 28 Abs. 1 InsO);
- Frist für Auslage der Tabelle (§ 175 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Frist für Angriff gegen einen Widerspruch aus dem Prüfungstermin (§ 189 Abs. 1 InsO);
- Frist zur Verteidigung eines Schuldner-Widerspruchs gegen titulierte Forderung (§ 184 Abs. 2 Satz 1 InsO);
- Frist für Nachweis eingetretenen oder zu erwartenden Ausfalls eines Absonderungsberechtigten (§§ 189 Abs. 1, 190 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 InsO);

27 Beispiel für wegen Mittellosigkeit unverschuldete Säumnis des Schuldners: BGH, Beschluß vom 25. Juni 2009 – IX ZB 222/08, unveröffentlicht.

28 Siehe unten Rn. 515 ff.

- Frist für einen Verwertungsvorschlag (§ 168 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Frist für Zahlung bei Verzicht auf zwangsweise Verwertung im Kleinverfahren (§ 314 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Sätze 1 und 2 InsO);
- Frist für Stellungnahme zum gerichtlich vorgeprüften Insolvenzplan (§ 232 Abs. 3 InsO);
- Dauer des Rückstandes mit Erfüllung des Insolvenzplans (§ 255 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Notfristen für Beschwerde (§§ 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 4 InsO) und Rechtsbeschwerde (§§ 574 Abs. 4 Satz 1 ZPO, 4 InsO);
- Frist für Änderung von Beschlüssen über Stundung von Verfahrenskosten (§ 4b Abs. 4 InsO).

V. Nichtteilnahme eines Gläubigers

Nimmt ein Beteiligter einen Termin nicht wahr oder versäumt er die Frist für eine Handlung, so ist er mit seinem im Termin oder bis zum Fristablauf anzubringenden Anliegen nach der Regelung in §§ 230 ZPO, 4 InsO ausgeschlossen. Von diesem Grundsatz macht das Gesetz aber in erheblichem Umfang **Ausnahmen:** 514

Verweigerung der Beteiligung an einem **vorgerichtlichen Schuldenbereinigungsplan** (vgl. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) verschafft dem Gläubiger keine Nachteile. Nichtbeteiligung an einem **gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan** (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO) trägt dem Gläubiger im Grundsatz ebenfalls keine ungünstigen Folgen ein (§ 308 Abs. 3 Satz 1 InsO). Seine Forderung erlischt freilich, wenn er zur Nachmeldung eingeladen wurde und diese Gelegenheit nicht nutzte (§ 308 Abs. 3 Satz 2 InsO). 515

Absonderungsgläubiger sollen ihre Rechte unverzüglich dem Verwalter gegenüber behaupten (§ 28 Abs. 2 Satz 1 InsO). Wer schuldhaft zögert (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), verliert sein Absonderungsrecht allerdings nicht. Er muß jedoch damit rechnen, über die gewöhnliche Kostenbeteiligung (§§ 170 f. InsO) hinaus wegen des Schweigens zu Schadensersatz herangezogen zu werden (§ 28 Abs. 2 Satz 3 InsO). 516

Die Frist zur Anmeldung der Insolvenzforderungen (§ 28 Abs. 1 InsO) ist keine Ausschlußfrist. Auch nachträgliche Anmeldungen werden ungeschmälert berücksichtigt (§ 177 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Verspätete riskiert allerdings, daß ihm zusätzliche Kosten eines separaten Prüfungstermins aufgebürdet werden (§ 177 Abs. 1 Satz 2 InsO). 517

Wenn ein **Insolvenzgläubiger im Prüfungstermin** einen die Feststellung zur Tabelle hindernden Widerspruch erlitt (§§ 176 Satz 2, 178 InsO), so muß in der Regel er für Klärung sorgen (§ 179 Abs. 1 InsO). § 189 Abs. 1 InsO setzt ihm für das Einleiten der Klärung eine zweiwöchige Ausschlußfrist. Ihr Versäumen schließt den Gläubiger aber nur von Teilnahme (durch Rückstellung gemäß § 189 Abs. 2 InsO) an der ersten Ausschüttung aus (§ 189 Abs. 3 InsO). An den folgenden Verteilungen ist der Gläubiger (mit einer Rückstellung) beteiligt, sobald er die Klärung in Angriff genommen hat. Ihm wird sogar vorab ein Betrag zuerkannt, der ihn auf dasjenige Befriedigungsniveau hebt, welches er bei Teilnahme schon an der ersten Verteilung innehätte (§ 192 InsO). 518

Insolvenzgläubiger, die zugleich **absonderungsberechtigt** sind, nehmen nur wegen ihres Ausfalls an der allgemeinen Verteilung teil (§ 52 InsO). Wegen des zur allgemeinen Erlösverteilung beizubringenden Nachweises, bei der Verwertung des Absonderungsgutes ausgefallen zu sein, gilt Ähnliches wie für bestrittene Forderungen (§§ 190, 192 InsO). 519

Wer sich bis zum Ende des Konkurses nicht um Klärung seiner Forderung bemüht oder gar gänzlich vom Insolvenzverfahren ferngehalten hat, kann immer noch hinterher beim Schuldner nachfordern und die Einzelzwangsvollstreckung betreiben (§ 201 Abs. 1 InsO). Freilich muß er den erforderlichen Titel anderwärts beschaffen, da ihm die Tabelle mangels Feststellung seiner Forderung dorthin nicht gemäß § 201 Abs. 2 InsO dienlich sein kann. Auch kann er auf Befriedigung nach dem Insolvenzverfahren nur hoffen, wenn der Schuldner nach dem Verfahren noch existiert, was normalerweise nur bei der natürlichen Person der Fall ist. Außerdem hindert ihn während des Insolvenzverfahrens § 87 InsO an der separaten Anspruchsverfolgung, und er 520

kann nicht einmal den Einzelzugriff anders als durch Teilnahme am Gesamtverfahren auch nur vorbereiten[29].

521 Ein Restschuldbefreiungsverfahren blockiert die Vollstreckung durch Insolvenzgläubiger (§§ 201 Abs. 3, 294 Abs. 1 InsO), gleichviel, ob sie sich im Insolvenzverfahren gemeldet hatten oder nicht. Erteilung der Restschuldbefreiung wirkt auch zu Lasten desjenigen Gläubigers, welcher sich nicht mit einer Anmeldung am Insolvenzverfahren beteiligt hatte (§ 301 Abs. 1 Satz 2 InsO).

522 Der rechtskräftig bestätigte Insolvenzplan greift (wie der gerichtliche Schuldenbereinigungsplan[30]) auch in die Rechte derjenigen Insolvenzgläubiger ein (§§ 221, 254 Abs. 1 Satz 1 InsO), welche ihre Forderungen nicht angemeldet hatten (§ 254 Abs. 1 Satz 3 Fall 1 InsO).

29 Siehe oben Rn. 210 ff. (§ 6 VI).
30 Siehe oben Rn. 515.

§ 12 Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Insolvenzverfahren

Literatur: *Görg*, Gerichtliche Korrektur von Fehlentscheidungen der Gläubiger im Insolvenzverfahren, DZWIR 2000, 364 ff.; *G. Pape/I. Pape*, Zulassungsabhängige Rechtsbeschwerde oder Verlagerung der Zuständigkeit für sofortige Beschwerden in Insolvenzsachen auf die OLG, ZInsO 2003, 158 ff.; *Schillgalis*, Rechtsschutz des Schuldners bei fahrlässig unberechtigten Insolvenzanträgen – insbesondere bei Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 InsO, 2006; *Seidel*, Außerordentliche Rechtsbehelfe. Verfassungsbeschwerden vor dem Fachgericht, 2004; *Smid*, »Rechtsschutz« gegen Insolvenzrichter, DZWIR 2004, 359 ff.

I. Beschlüsse

Das Insolvenzverfahren kennt **nur** Beschlüsse. Es finden also nicht etwa §§ 300 ff. ZPO über § 4 InsO eine so weit reichende Entsprechung, daß das Insolvenzgericht Urteile fällte. Das Insolvenzgericht beschließt auch dann, und urteilt nicht, wenn es (ausnahmsweise; siehe § 5 InsO[1]) mündlich verhandelt. Auch der Beschwerdelauf (§§ 6, 7 InsO), bringt lediglich Beschlüsse hervor. Es spielt keine Rolle, ob das Gericht die Entscheidung allein aufgrund der Insolvenzordnung fällt oder wegen § 4 InsO nach Zivilprozeßrecht. Aus dem Insolvenzverfahren ausgegliederte Entscheidungen am Rande des Insolvenzverfahrens, wie etwa zur Aussonderung (§ 47 InsO), zur Klärung bestrittener Forderungen (§§ 179 ff. InsO) oder zum Abschluß einer Auseinandersetzung um eine Masseverbindlichkeit (§ 53 InsO), können freilich sehr wohl als Urteil ergehen. 523

Die Beschlüsse werden entweder nach besonderer Vorschrift (z.B. § 23 Abs. 1 Satz 2 InsO) zugestellt oder gemäß §§ 329 Abs. 2 Satz 1 ZPO, 4 InsO formlos mitgeteilt. Knüpft an den Beschluß eine Frist an, erfolgt Zustellung auch ohne besondere gesetzliche Anordnung nach der allgemeinen Regelung in §§ 329 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 ZPO, 4 InsO. Unter anderem fallen eigentlich beschwerdefähige Beschlüsse (vgl. § 6 Abs. 1 InsO) unter diese Vorschrift. Doch hebt das Gesetz ihre Zustellungsbedürftigkeit getrennt hervor (§§ 329 Abs. 3 ZPO, 4 InsO)[2]. Auch Terminsbestimmung in Beschlüssen löst Zustellung aus (§§ 329 Abs. 2 Satz 2 Fall 1 ZPO, 4 InsO). Dies betrifft praktisch aber hauptsächlich nur die seltenen Ladungen zu mündlicher Verhandlung. Denn die Ladungen zur Gläubigerversammlung werden ohnehin öffentlich bekanntgemacht (§ 74 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Bekanntmachung vermag die Zustellung zu ersetzen (§ 9 Abs. 3 InsO), ohne freilich eine gleichwohl erfolgende Zustellung wirkungslos zu machen[3]. Die Zustellung geschieht nach §§ 8 InsO, 166 ff. ZPO, 4 InsO. Ging dem Beschluß ausnahmsweise mündliche Verhandlung vorauf, wird er verkündet (§§ 329 Abs. 1 ZPO, 4 InsO)[4]. Ausschließlich elektronische Darstellung des Beschlusses und ausschließlich elektronische Übermittlung sieht der Gesetzgeber bislang nicht vor. Zustellung verlangt Verkörperung. Doch kann die formlose Mitteilung auf elektronischem Wege geschehen[5]. 524

II. Rechtskraft

Die vom Insolvenzgericht (sowie die im Beschwerdelauf von Landgericht und Bundesgerichtshof) gefaßten Beschlüsse werden, gleichviel ob zustellungsbedürftig oder 525

1 Über Schriftlichkeit und Mündlichkeit siehe oben Rn. 229 ff.

2 Für die gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG befristet erinnerungsfähige Entscheidung des Rechtspflegers fehlt eine Parallele in § 329 ZPO.

3 Oben Rn. 491.

4 *Ganter*, in: MünchKomm, § 5 InsO, Rn. 68.

5 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 5 InsO, Rn. 53.

bekanntmachungspflichtig oder nichts von dem, mit ihrem Erlaß wirksam, mithin schon vor Kenntnisnahme durch irgendeinen Beteiligten[6]. Wo nicht das Insolvenzgericht eine ständige Möglichkeit zur Handlung von Amts wegen hat, ist mit dem Erlaß die Entscheidungsgewalt verbraucht. Eigenmächtige Änderung oder gegenläufiger Beschluß ist dem Gericht nicht verstattet. Ausnahmen sind kleinere Korrekturen in entsprechender Anwendung von §§ 319 bis 321 ZPO (§ 4 InsO).

526 Der Beschluß kann Rechtskraft im formellen Sinne erlangen[7], das heißt Endgültigkeit im laufenden Verfahrensgang. Ist er nicht mit Rechtsbehelfen angreifbar, tritt diese Rechtskraft sofort ein. Ansonsten wird der Beschluß mit ungenutztem Verstreichen der Beschwerde- oder Erinnerungsfrist rechtskräftig. Die **formelle Rechtskraft** wird beispielsweise in §§ 6 Abs. 3, 254 Abs. 1 Satz 1, 258 Abs. 1, 289 Abs. 2 Sätze 2 und 3 InsO angesprochen.

527 **Materielle Rechtskraft**, das heißt inhaltlich endgültige Wirkung, hingegen kommt den Beschlüssen nicht zu. Denn sie beinhalten keine Erkenntnisleistung. Im Prinzip können über die Gegenstände der Beschlüsse später erneut Entscheidungen gefällt werden. Freilich ziehen die Beschlüsse auch ohne materielle Rechtskraft vielfältige Wirkungen in der materiellen Rechtslage nach sich und schaffen zumeist vollendete Tatsachen.

528 So löst beispielsweise Verfahrenseröffnung die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf (§ 728 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die (positive) endgültige Entscheidung zur Restschuldbefreiung (§ 301 Abs. 1 InsO) nimmt den noch offenen Forderungen ihre Durchsetzbarkeit (obzwar sie, wie § 301 Abs. 3 InsO erkennen läßt, erfüllbar bleiben)[8]. Bestätigung eines Insolvenzplans ruft dessen gestaltende Wirkungen (namentlich Stundung oder Erlaß) hervor (§ 254 Abs. 1 Satz 1 InsO). Desgleichen verleiht die Feststellung zur Annahme des Schuldenbereinigungsplans (§ 308 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO) diesem die von den Parteien vereinbarten gestaltenden Wirkungen (Stundung, Erlaß) und kann die Forderungen passiv gebliebener Gläubiger erlöschen lassen (§ 308 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 InsO). Die mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beginnende Abwicklung eines Vermögens kann nicht durch Abweisung eines zweiten Eröffnungsantrages rückgängig gemacht werden. Ein abgeschlossenes Insolvenzverfahren wird nicht aufgrund neuen Antrags eines bisher nicht einbezogenen Gläubigers wiederholt.

III. Rechtsbehelfe

529 Die gravierenden Folgen vieler Entscheidungen in Insolvenzverfahren werfen die Frage nach Rechtsbehelfen auf. Das Insolvenzverfahren ist Teil des staatlichen Angebotes von Justizgewähr[9]. Es ist aber nur andeutungsweise auf Jurisdiktion im Sinne einer Erkenntnisleistung gerichtet[10]. Deswegen unterfallen seine Maßnahmen dem Rechtsschutzgebot des Art. 19 Abs. 4 GG[11]. Damit ist nach hier vertretener Auffassung unvereinbar, wegen vermeintlichen Fortfalls der Beschwer Rechtsschutz gegen die oftmals tief in die Freiheiten des Schuldners eingreifenden (und im Grundsatz rechtsschutzfähigen) vorläufigen Maßnahmen des Eröffnungsverfahrens (§§ 21 ff.

6 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 8 InsO, Rn. 5; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 8 InsO, Rn. 7.
7 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 6 InsO, Rn. 23.
8 *Lang*, in: *Braun*, § 301 InsO, Rn. 1 f.
9 Siehe oben Rn. 11 ff.
10 Siehe oben Rn. 250 ff.
11 Oben Rn. 252.

InsO) zu versagen.[12] Vielmehr verdient – ähnlich wie im Verwaltungsstreitverfahren bei der Fortsetzung eines vor Erledigung begonnenen Anfechtungsprozesses nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO und bei der sogar erst nach Erledigung überhaupt begonnenen Fortsetzungsfeststellungsklage – ein zurückbleibendes Feststellungsinteresse Anerkennung.

1. Sofortige Beschwerde und Rechtsbeschwerde

An vorderster Stelle unter den Rechtsbehelfen ist die Beschwerde zu nennen. Sie ist Rechtsmittel, weil sie die Entscheidung auf eine höhere Stufe im Gerichtsaufbau zu heben vermag (Devolutiveffekt). Die Beschwerde kommt ausschließlich als sofortige, das heißt fristgebundene Beschwerde vor. Ihre Statthaftigkeit kann sich sowohl unmittelbar aus der Insolvenzordnung ergeben als auch aus dem Zivilprozeßrecht in Verbindung mit § 4 InsO. 530

Der Gesetzgeber stellt die Beschwerde allerdings nur zurückhaltend zur Verfügung. Entscheidungen auf Grundlage der Insolvenzordnung sind nur dann mit sofortiger Beschwerde angreifbar, wenn dies **ausdrücklich** in der Insolvenzordnung vorgesehen ist (§ 6 Abs. 1 InsO). Gegen Entscheidungen nach Zivilprozeßrecht in Verbindung mit § 4 InsO gibt es Beschwerde sowohl dann, wenn es im Zivilprozeßrecht eigens vorgesehen ist (§§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 4 InsO), als auch dann, wenn sie eine Ablehnung enthält (§§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, 4 InsO). Die offenere Regelung in § 567 Abs. 1 ZPO ist aber auf Entscheidungen nach Zivilprozeßrecht beschränkt. Sie kann nicht mit Hilfe von § 4 InsO auf ablehnende Entscheidungen übertragen werden, welche das Insolvenzgericht unmittelbar aufgrund der Insolvenzordnung trifft. Die Entscheidung ergeht nach Zivilprozeßrecht entweder aufgrund der generellen Verweisung in § 4 InsO oder aufgrund einzelner Inbezugnahme (z.B. in § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO betreffend Zugriff auf Einkünfte des Schuldners[13]; in diesem Falle ergibt § 793 ZPO mit § 4 InsO die Statthaftigkeit sofortiger Beschwerde nach fruchtloser Vollstreckungserinnerung gemäß §§ 766 Abs. 1 ZPO, 4 InsO[14]). 531

Hingegen spielt es keine Rolle, ob der Richter oder der Rechtspfleger den anzugreifenden Beschluß fällte. Die Entscheidung des Rechtspflegers löst gemäß § 11 Abs. 1 RPflG die Beschwerde wie nach einer Richterentscheidung aus – wenn denn die Beschwerde für die Entscheidung ihrem Inhalte nach vorgesehen ist. Entscheidungen der Gläubigerversammlung oder anderer Organe indessen sind trotz ihrer oft weitreichenden Bedeutung nicht beschwerdefähig. Erst recht nicht beschwerdefähig sind Verwertungsmaßnahmen Absonderungsberechtigter (siehe §§ 173 Abs. 1, 313 Abs. 3 Satz 2 InsO), Anfechtungen durch Gläubiger (§ 313 Abs. 2 Satz 1 InsO) und Widersprüche im Prüfungstermin (§ 176 Satz 2 InsO). 532

Beispiele für **beschwerdefähige Entscheidungen** nach der Insolvenzordnung (und ihrem Einführungsgesetz) sind 533

- vorläufige Maßnahmen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 InsO);
- Ablehnung der Verfahrenseröffnung (§ 34 Abs. 1 InsO) und Eröffnung (§ 34 Abs. 2 InsO);
- Ablehnung oder Bewilligung der Kostenstundung (§ 4d InsO);
- Festsetzung von Zwangsgeld gegen den Verwalter (§ 58 Abs. 2 Satz 3 InsO);
- Einstellung des Insolvenzverfahrens (§ 216 Abs. 1 InsO) oder deren Ablehnung (§ 216 Abs. 2 InsO);
- Bestätigung des Insolvenzplanes oder deren Versagung (§ 253 InsO);

12 Unzulässigkeit einer Rechtsbeschwerde nach Eröffnung nimmt jedoch BGH, Beschluß vom 17. September 2009 – IX ZB 214/08 (unveröffentlicht), an.

13 Hingegen ist die Verweisung auf §§ 115, 120 ZPO in § 4b Abs. 1 Satz 2 InsO bloß Ergänzung. Die Entscheidung zur Stundung fußt unmittelbar auf der Insolvenzordnung.

14 *Ganter*, in: MünchKomm, § 6 InsO, Rn. 63 f.

- Bekanntmachung und Registrierung auswärtiger Insolvenzverfahren (Art. 102 § 7 Satz 1 EGInsO); es gibt kein internationales Beschwerdeverfahren, vielmehr ist der Beschwerdelauf dem nationalen Recht zu entnehmen (Art. 4 Abs. 1 EuInsVO).

534 Nur gegen gerichtliche Entscheidungen kann Beschwerde statthaft sein. Gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung, Beschlüsse des Gläubigerausschusses und Maßnahmen des Insolvenzverwalters (Treuhänders, Eigenverwalters, Sachwalters) sieht das Gesetz keinen Rechtsbehelf vor. Ausnahme ist die Einwendung gegen das vom Verwalter aufgestellte Verteilungsverzeichnis (§ 194 Abs. 1 InsO).

535 Zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens teilt § 6 InsO nur wenig mit. Das meiste ergibt sich aus §§ 567 ff. ZPO mit § 4 InsO. Aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt) hat die Beschwerde nur ausnahmsweise (§§ 570 ZPO, 4 InsO). Wichtige Zulässigkeitserfordernisse sind wie auch in anderen Verfahren neben der Statthaftigkeit die Beschwerdebefugnis und die Beschwer, Frist und Form, die Zuständigkeit und das Rechtsschutzbedürfnis. Die Beschwerdefrist beträgt zwei Wochen ab Verkündung oder Zustellung (§§ 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 4, 6 Abs. 2 InsO). Weil sie Notfrist ist, kann der Beschwerdeführer erforderlichenfalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten (§§ 233 ff. ZPO, 4 InsO).

536 Die Beschwerde führt zum Landgericht (§ 72 GVG), in dessen Bericht das Insolvenzgericht seinen Sitz hat. Der Beschwerdeführer wendet sich jedoch nicht notwendig an das Landgericht, sondern kann die Beschwerde auch beim Insolvenzgericht (§§ 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 4 InsO) einlegen. Letzteres ist sogar vorzuziehen, weil das Insolvenzgericht so schneller vor der Frage einer Abhilfe steht (§§ 572 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO, 4 InsO). Anwaltszwang besteht selbst dann nicht, wenn der Beschwerdeführer seine Beschwerde an das Landgericht adressiert. Denn Beschwerden können zu Protokoll der Geschäftsstelle eingereicht werden (§§ 569 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, 4 InsO), und für diesen Eingabeweg stellen §§ 78 Abs. 5 ZPO, 4 InsO von der Notwendigkeit anwaltlicher Vertretung frei. Das Beschwerdegericht entscheidet nach aktuellem Sachstand, das heißt, es berücksichtigt die Entwicklung nach dem angefochtenen Beschluß und neues Vorbringen (§§ 571 Abs. 2 ZPO, 4 InsO). Namentlich für die Beschwerde gegen einen Beschluß des Insolvenzgerichts über einen Eröffnungsantrag bedeutet dies, daß das Landgericht die Eröffnungsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt seiner Beschwerdeentscheidung bezogen prüft.[15] Vor seiner Beschwerdeentscheidung kann das Gericht gemäß §§ 570 Abs. 3 ZPO, 4 InsO einstweilige Anordnungen treffen. Namentlich kann es den Vollzug eines Eröffnungsbeschlusses aussetzen.

537 Die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts kann unter Umständen ihrerseits mit Rechtsbeschwerde angegriffen werden. Gemäß § 7 InsO ist das immer der Fall, wenn das Beschwerdegericht auf eine gemäß § 6 Abs. 1 InsO eingelegte Beschwerde hin entschied. Dabei genügt es, wenn das Beschwerdegericht irrtümlich die Eingabe als zulässige Beschwerde nach § 6 Abs. 1 InsO behandelte, und umgekehrt ist Rechtsbeschwerde auch dann noch statthaft, wenn die nach § 6 Abs. 1 InsO zulässige Beschwerde nicht als solche bearbeitet wurde[16]. Erging die ursprüngliche Entscheidung nach Zivilprozeßrecht, so richtet sich die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde nach §§ 574 Abs. 1 ZPO, 4 InsO. Wiederum kommt es auf ausdrückliche Statthaftigkeit nach dem Gesetz an (§§ 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, 4 InsO). Alternative ist die Zulassung durch das Landgericht (§§ 574 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO, 4 InsO).

538 Die **Einzelheiten zur Rechtsbeschwerde** ergeben sich aus §§ 574 ff. ZPO, 4 InsO, gleichviel ob die Rechtsbeschwerde auf § 7 InsO oder auf §§ 574 Abs. 1 ZPO, 4 InsO fußt. So ist stets neben der Statthaftigkeit das Interesse an höchstgerichtlicher Klärung gemäß §§ 574 Abs. 2 ZPO, 4 InsO zu prüfen. Im Falle der Zulassung durch das Landgericht findet die Prüfung jedoch nur einmal, und zwar schon beim Landgericht statt (§§ 574 Abs. 3 ZPO, 4 InsO), verbirgt sich also in der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde. Adressat der Rechtsbeschwerde ist der Bundesgerichtshof als das Rechtsbeschwerdegericht (§§ 133 GVG, 574 Abs. 4 Satz 2 ZPO, 4 InsO). Wie

15 BGH, Beschluß vom 27. März 2008 – IX ZB 144/07, NZI 2008, 391.
16 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 7 InsO, Rn. 11 ff.

schon dem Beschwerdegericht[17] stehen auch dem Bundesgerichtshof einstweilige Anordnungen zu (§§ 570 Abs. 3, 575 Abs. 5 ZPO, 4 InsO). Wiederum erlaubt das namentlich Aussetzen der Vollziehung eines Eröffnungsbeschlusses.[18]

2. Rechtspflegererinnerung

Beschwerdeunfähige Entscheidungen des Rechtspflegers können mit sofortiger Erinnerung angegangen werden (§ 11 Abs. 2 Satz 1 RPflG). Damit ist – sofern nicht ohnehin der Rechtspfleger gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 RPflG Abhilfe schafft – gewährleistet, daß wenigstens einmal eine richterliche Prüfung stattfindet. Allerdings reißen Ausnahmen (§ 11 Abs. 3 Satz 2 am Ende RPflG) Lücken.[19] 539

Die Rechtspflegererinnerung darf man nicht mit der Erinnerung gegen die Entscheidung des ersuchten Richters (vgl. §§ 362 ZPO, 4 InsO) oder des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§§ 573 Abs. 1 Satz 1 Fälle 2 und 3 ZPO, 4 InsO) verwechseln. 540

3. Sonstige Behelfe

Ausschluß der Beschwerde oder Versäumen der Beschwerdefrist macht nicht wehrlos. Oft genügt es, schlicht einen neuen Antrag zu stellen. So steht es beispielsweise nach Ablehnung der Verfahrenseröffnung dem enttäuschten Antragsteller ebenso wie einem anderen Antragsbefugten frei, einen neuen Eröffnungsantrag (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) anzubringen. Dasselbe gilt von einem Einstellungsantrag (§ 212 Satz 1 InsO; § 213 Abs. 1 Satz 1 InsO). Dies liegt daran, daß die im **Insolvenzverfahren gefaßten Beschlüsse keine materielle Rechtskraft entfalten**[20]. Freilich wird das Insolvenzgericht, solange es keinen Fehler in der ersten Entscheidung bemerkt, dem neuen Begehren nur dann Rechtsschutzbedürfnis zugestehen, wenn neue sachliche Gesichtspunkte vorliegen. 541

Unbenommen bleiben **Anregungen an das Insolvenzgericht** oder an andere Organe, bestimmten Vorfällen und Entscheidungen nachzugehen oder bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Das Gesetz selbst bietet in einigen Fällen sogar ausdrücklich Raum für entsprechende Anträge (z.B. in § 158 Abs. 2 Satz 2 InsO wegen Verhinderung einer Betriebsstillegung oder einer Betriebsveräußerung; in § 163 Abs. 1 InsO wegen Bindung einer Betriebsveräußerung an die Gläubigerversammlung; in § 168 Abs. 1 Satz 2 InsO wegen bestimmter Verwertungsweise). 542

Unbenommen bleiben die allgemein gegen hoheitliches Handeln gegebenen Behelfe Gegenvorstellung[21] oder Dienstaufsichtsbeschwerde.[22] Die Gegenvorstellung wegen Gehörsverletzung ist eigens geregelt (§§ 321a ZPO, 4 InsO). 543

Unbenommen bleibt die **Petition** (Art. 17 GG), desgleichen die **Verfassungsbeschwerde** (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). 544

Unberührt bleiben die schon erwähnten[23] und weitere Verfahren am Rande des Insolvenzverfahrens. Sie betreffen beispielsweise Aussonderung oder Klärung bestrittener Forderungen. Sie gehen um Massegegenstände (der Verwalter klagt auf Leistung in die Masse) oder Masseverbindlichkeiten (der Verwalter wird auf Leistung aus der Masse verklagt). Oder es sind Behelfe wegen Mißachtung der Exklusivität der Gesamtvollstreckung (Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 Abs. 1 Satz 1 ZPO[24]) oder wegen Fehlers bei der der Einzelvollstreckung nachgebildeten (§§ 172 ff. ZVG) Immobilienverwertung (§ 95 ZVG). 545

17 Siehe oben Rn. 536.
18 Beispiel: BGH, Beschluß vom 5. Februar 2009 – IX ZB 245/08, ZInsO 2009, 432.
19 Siehe über Tätigkeit des Rechtspflegers und Rechtsbehelfe auch oben Rn. 252, 468 ff.
20 Siehe oben Rn. 527 f.
21 Beispiel: AG Duisburg, Beschluß vom 6. Juli 1999 – 60 IN 82/99, ZIP 1999, 1366, 1367.
22 Siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 6 InsO, Rn. 90.
23 Siehe oben Rn. 523.
24 Dazu *Ganter*, in: MünchKomm, § 6 InsO, Rn. 63.

546 Unberührt bleiben Schadensersatzhaftungen von Organen des Insolvenzverfahrens oder Organmitgliedern[25].

4. Fehlertoleranz

547 Die Fülle von Aktionsmöglichkeiten jenseits des Beschwerdegangs ändert allerdings nichts an dem grundsätzlichen Bedenken gegen die **Beschränkung der Beschwerdestatthaftigkeit**[26]. Ausweg können (doppelt[27]) analoge Anwendung von § 321a ZPO bei schweren Verfahrensfehlern jenseits der Gehörsverletzung und ansonsten die außerordentliche Beschwerde wegen sogenannter »greifbarer Gesetzwidrigkeit« bieten[28]. Beides ist freilich heftig umstritten. Argument gegen Analogie zu § 321a ZPO und außerordentliche Beschwerde ist, daß der Gesetzgeber bei der Reform des Zivilprozeßrechts zum 1. Januar 2002 die Regelung in Kenntnis der bis dahin um außerordentliche Beschwerde bei Gehörsverletzung und in anderen Fällen geführten Diskussion und ihre Praxis kannte, sich aber mit Regelung einer Gegendarstellung wegen Gehörsverletzung begnügte. Dieses Argument hat aber kein allzu starkes Gewicht, weil es häufig vorkommt, daß der Gesetzgeber Fragen offenläßt und ihre Klärung Lehre und Praxis überläßt, wobei zur Schließung der bewußten Regelungslücke auch die Analogie in Frage kommt[29]. Der Bundesgerichtshof hat denn auch eine Beschwerde des Schuldners gegen eine dem Gesetz fremde Maßnahme, welche in grundrechtlich geschützte Belange des Schuldners eingriff, trotz des in § 6 Abs. 1 InsO enthaltenen Enumerationsprinzips zugelassen[30]. Die hierauf folgende Reform von § 321a ZPO[31] beseitigte das Problem nicht. Wenn überhaupt jemals Raum für eine außerordentliche Beschwerde bestand, so besteht er noch immer.

25 Siehe oben Rn. 349 ff.

26 Siehe oben Rn. 252. Ferner *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 6 InsO, Rn. 27 ff.

27 Die Analogiestufe vom Zivilurteil zum Beschluß im Insolvenzverfahren nimmt § 4 InsO (diese Stufe kann man ihrerseits teilen: Übertragung zunächst vom Zivilurteil auf den Beschluß im Zivilprozeß und dann erst vom Zivilprozeß gemäß § 4 InsO in das Insolvenzverfahren). Zweite Stufe ist die Übertragung vom Gehörsfehler auf andere schwere Verfahrensfehler.

28 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 6 InsO, Rn. 34 f. Grundsätzlich zu irregulären Rechtsbehelfen *Seidel*, Außerordentliche Rechtsbehelfe.

29 So in der Problematik der Ersatzabsonderung, welche im Gegensatz zur Ersatzaussonderung (§ 48 InsO) keine ausdrückliche Regelung erfuhr. Siehe Materialien aus der Entstehung von §§ 49 ff. InsO bei *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 214 ff.

30 BGH, Beschluß vom 4. März 2004 – IX ZB 133/03, NJW 2004, 2015 ff.

31 Gesetz vom 9. Dezember 2004, BGBl. I 2004, 3220.

§ 13 Kosten, Kostendeckung, Stundung

Literatur: *Ahrens*, Versagung oder Aufhebung der Kostenstundung, ZVI 2003, 268 ff.; *Bayer*, Stundungsmodell der Insolvenzordnung und die Regelungen der Prozesskostenhilfe, 2005; *Bruns*, Entschuldung auf Staatskosten: Darf die Prozeßkostenhilfe die materiellen Voraussetzungen für das Verbraucherinsolvenzverfahren schaffen?, NJW 1999, 3445 ff.; *Graf-Schlicker*, Die Kostenhürde im Verbraucherinsolvenzverfahren, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, 573 ff.; *Grote*, Die Entscheidung über den Antrag auf Kostenstundung nach § 4a InsO, ZInsO 2002, 179 ff.; *Hansens/Braun/Schneider* (Hrsg.), Praxis des Vergütungsrechts, 2. Aufl. 2006; *Heyer*, Eintragung in das Schuldnerverzeichnis nach § 26 InsO, Auskünfte und Löschungen, ZInsO 2004, 1127 ff.; *Keller*, Die Neuregelungen der InsVV zur Mindestvergütung in masselosen Insolvenzverfahren, ZVI 2004, 569 ff.; *Keller*, Vergütung und Kosten im Insolvenzverfahren, 2. Aufl., 2007; *Kluth*, Das Verfahren bei unzulänglicher Insolvenzmasse oder ein »Himmelfahrtskommando« für den Insolvenzverwalter, ZInsO 2000, 177 ff.; *Kübler*, Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach neuem Recht, in: Kölner Schrift, S. 967 ff.; *Wimmer*, Die Neuregelung der Mindestvergütung in masselosen Verfahren, ZInsO 2005, 1006 ff. Siehe auch die Hinweise vor Rn. 736 (§ 16).

I. Verfahrenskosten

1. Gerichtskosten, Vergütungen, Auslagen

Das Insolvenzverfahren verursacht in allen seinen Teilen, beginnend schon mit dem Eröffnungsverfahren, Kosten. Hiervon war unter den Stichworten Vergütung und Auslagenersatz bereits die Rede[1]. Nicht alle Kosten, aber immerhin die beim Insolvenzgericht anfallenden Gerichtskosten (Gebühren und Auslagenersatz) sowie Vergütungen und Auslagenersatz für den Insolvenzverwalter in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen (mit Ausnahme des Treuhänders im Restschuldbefreiungsverfahren) und für die Mitglieder des Gläubigerausschusses erklären §§ 53 f., 274 Abs. 1 InsO zu Masseverbindlichkeiten. Anders als für den Sachwalter (dort § 274 Abs. 1 InsO) erklärt das Gesetz diese Einstufung für den Treuhänder des Kleinverfahrens nicht ausdrücklich; sie ergibt sich jedoch aus der Gleichsetzung von Treuhänder und Insolvenzverwalter (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Zu den Verfahrenskosten zählen auch einige Kosten etwaiger Grenzüberschreitung (Art. 23 EuInsVO; Nummer 9014 Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG). 548

Die Einstufung von Kosten als Masseverbindlichkeiten auch schon für das Eröffnungsverfahren nimmt das Gesetz dem Umstand zuwider vor, daß es vor der Eröffnung noch keine Masse gibt (vgl. § 35 InsO). Die Regelung in §§ 53 f. InsO (auch die Einstufung von Verbindlichkeiten aus Tätigkeit des starken vorläufigen Insolvenzverwalters als Masseschulden gemäß § 55 Abs. 2 InsO) **setzt aber voraus**, daß es überhaupt zur Eröffnung und damit zu einer Verteilung (zumindest nach § 209 InsO) kommt. Unterbleibt Eröffnung, sind §§ 53 ff. InsO gegenstandslos. 549

Vom Kreis der Masseverbindlichkeiten **ausgenommen** bleiben die **Kosten des Restschuldbefreiungsverfahrens**. Während seines Laufes gibt es keine Masse mehr, woraus vorab Beträge zu entnehmen wären. Denn das Insolvenzverfahren ist schon aufgehoben (§ 200 Abs. 1 InsO). Allerdings sorgt § 298 Abs. 1 Satz 1 InsO für einen gewissen Druck auf den Schuldner, sich besonders um die Vergütung des Treuhänders zu bemühen, anderenfalls ihm die Restschuldbefreiung versagt bleibt. 550

1 Oben Rn. 340 ff.

2. Teilnahmekosten

551 Nicht unter die als Masseverbindlichkeiten beschriebenen Verfahrenskosten fallen die bei einem jeden Gläubiger (Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO und andere) während des Insolvenzverfahrens anfallenden **Kosten der Rechtsverfolgung**. Eine generelle Kostenerstattungsregelung mit Vorrang vor den Insolvenzforderungen gemäß § 53 InsO ist dem Insolvenzrecht fremd. Zu einer Masseverbindlichkeit führende analoge Anwendung von § 91 ZPO über § 4 InsO ist nur in einzelnen Streitigkeiten aus Anlaß von Maßnahmen des Insolvenzverfahrens möglich. Hier ist vor allem die erfolgreiche Beschwerde anzuführen[2]. Doch wird auch das nur in den wenigen Fällen einer Erstattung aus der Masse stattfinden, wo ausnahmsweise der Beschwerdeführer in Gegnerschaft zur Masse stand, sichtbar an Beteiligung des Verwalters als deren Repräsentant oder des Schuldners als Eigners der Masse.

552 Die Insolvenzgläubigern erwachsenden Kosten aus Teilnahme am Insolvenzverfahren überhaupt (z.B. die Gerichtsgebühr anläßlich der Prüfung angemeldeter Forderungen in Prüfungstermin oder schriftlichem Prüfungsverfahren nach Nr. 2340 Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG) werden dem Gläubiger nicht einmal als gleichrangige Beigabe zur Befriedigung der Insolvenzforderung, jenseits bevorzugter Bedienung als Masseschuld, abgenommen. Vielmehr behandelt das Gesetz die Teilnahmekosten als nachrangige Insolvenzforderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO), die nur auf besondere Einladung anzumelden sind (§ 174 Abs. 3 InsO). Dies bedeutet praktisch, daß die Kosten unausgeglichen bleiben. Der Anspruch auf Erstattung wird in § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht begründet, sondern vorausgesetzt. Er folgt aus analoger Anwendung der Kostenzuweisung beim Prozeß (§§ 91 f. ZPO mit § 4 InsO). Sie ergibt sich demnach aus dem Erfolg des Insolvenzgläubigers bei der Forderungsfeststellung. Die Analogie zur Kostenverteilung des Prozesses ist also nicht schlechthin zu verneinen. Aber sie geht nur so weit, daß die Kostenlast, obwohl in großen Teilen erst nach Eröffnung anfallend[3], lediglich (aber immerhin) Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO ist.

553 Unberührt bleibt die Erstattung von Kosten der Rechtsverfolgung aus der Zeit vor Konkurseröffnung nach den allgemeinen Regeln. Insbesondere ist an Schadensersatz wegen Schuldnerverzuges (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB) oder an Kostenerstattung zu einem vor Eröffnung erfolgreich geführten Mahnverfahren oder Prozeß (§§ 91 ff. ZPO). Diese Ansprüche sind ihrerseits Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) ohne Nachrang. Auf diese Weise sind bei wohlwollender, einengender Interpretation von § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch Kosten aus dem Eröffnungsverfahren abgedeckt (obgleich man sie zu den Verfahrenskosten nach §§ 91 f. ZPO, § 4 InsO rechnen kann). Kosten des vergeblichen gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuches sind allerdings gemäß § 310 InsO gar nicht erstattungsfähig.

554 Begründung eines Ausgleichsanspruch mit allgemeinen Regeln hilft dem Insolvenzgläubiger jedoch nicht über den Nachrang der Teilnahmekostenerstattung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO hinweg. Denn die erst während des Verfahrens entstehenden Kosten können nicht mehr zu gewöhnlichen Insolvenzforderungen werden, weil die Ansprüche nicht schon gemäß § 38 InsO bei Verfahrenseröffnung bestehen. § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO stellt die Eigenschaft der Ausgleichsforderung als – wenn auch nachrangige – Insolvenzforderung überhaupt erst her. Es ist sogar so, daß der Anspruch ohne § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO gar nicht zu begründen wäre. Namentlich nützen die Regeln über Verzugsschadensersatz für die Schadensentwicklung ab Eröffnung dem Insolvenzgläubiger nichts. Mit Eröffnung endet zwar ein zuvor bereits eingetretener Schuldnerverzug nicht. Aber es können keine weiteren Verzugsfolgen (Verzugszinsen, Schadensposten) mehr entstehen, weil durch die Eröffnung die Entwicklung zugunsten einer gleichmäßigen Bedienung aller Gläubiger auf dem bei Verfahrenseröffnung erreichten Stand abgebrochen wird. Und lag nicht schon bei Eröffnung Schuldnerverzug vor, kann solcher nicht noch während des Verfahrens eintreten.

2 Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, Rn. 22 zu § 6 InsO.

3 Betont von *Henckel*, in: *Jaeger*, § 39 InsO, Rn. 16.

3. Kosten der Masseerfassung und der Masseabwicklung

Die nicht schon von § 54 InsO erfaßten Kosten des Verfahrens, insbesondere die (nicht vom Verwalter ausgelegten und ihm zu erstattenden) Kosten der Erfassung und der Abwicklung des Vermögens sind regelmäßig Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Ihre Abtrennung von den in § 54 InsO bezeichneten Verfahrenskosten im engeren Sinne wirkt sich bei der Rangdifferenzierung im Falle der Masseunzulänglichkeit gemäß §§ 208, 209 InsO aus. 555

II. Kein Verfahren ohne Kostendeckung[4]

1. Nichteröffnung oder Einstellung bei Massearmut, Versagung der Restschuldbefreiung

Das Insolvenzverfahren ist kein Selbstzweck. Es wird lediglich dann durchgeführt, wenn zumindest **teilweise die in § 1 InsO angesprochenen Ziele erreicht werden** können. Vor der Verwirklichung der Ziele steht allerdings gemäß §§ 53, 54 InsO die Finanzierung des Verfahrens. Ist von vornherein abzusehen, daß nach Abzug der Verfahrenskosten keinerlei Masse zur Bedienung der Insolvenzgläubiger übrigbleiben würde, hat eine Eröffnung keinen Sinn. Daher schreibt § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO die Abweisung des Eröffnungsantrages (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) mangels Masse vor, wenn die Kosten voraussichtlich nicht vollkommen gedeckt sind. Die Regelung ähnelt derjenigen des § 803 Abs. 2 ZPO, wonach Einzelzwangsvollstreckung unterbleibt, wenn kein Überschuß zu erwarten ist. 556

Den Grenzfall einer Prognose exakter Deckung der Kosten erfaßt § 26 InsO freilich nicht mehr, erst recht nicht den Fall eines vernachlässigenswert geringen Überschusses. Diesen Fällen sollte man nicht mit analoger Anwendung von § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO begegnen, weil das die mit einem Verfahren verbundenen Entwicklungschancen abschnitte. Ablehnung der Eröffnung in behutsamer Würdigung des Rechtsschutzbedürfnisses bleibt jedoch unberührt. 557

War die Prognose aussichtsreich, so daß das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren eröffnete, und stellt sich erst im weiteren Verlauf die Massearmut heraus, so wird das Verfahren eingestellt. Die **Massearmut** erscheint nun in **zwei Spielarten**. Sie kann so gravierend sein, daß nicht einmal die Verfahrenskosten (§ 54 InsO) gedeckt sind. Man spricht dann von **Einstellung mangels Masse** (§ 207 InsO). Sind zwar die Verfahrenskosten gedeckt, aber nicht auch alle sonstigen Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO), so handelt es sich um **Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit** (§ 211 InsO), vorzunehmen nach einem kleinen Konkurs im Konkurs zur Bedienung der Massegläubiger nach Rang (§ 209 InsO). 558

Auch das Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 1 Satz 2, 286 ff. InsO) im Anschluß an die Liquidation kann von Mangel an Mitteln noch gestört werden. Von Massearmut ist jetzt streng genommen nicht mehr zu sprechen. Das Restschuldbefreiungsverfahren hat nämlich keine Masse mehr. Vielmehr verwendet es durch den Treuhänder lediglich Teile laufender Einkünfte und einzelner weiterer Zuflüsse an die Gläubiger (§§ 287 Abs. 2 Satz 1, 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit § 292 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der Treuhänder kann nun die Restschuldbefreiung unterbinden lassen, wenn seine eigene Vergütung nicht gedeckt ist (§ 298 Abs. 1 Satz 1 InsO). 559

Unterdeckung der Kosten des zuvor durchgeführten Insolvenzverfahrens hingegen vereitelt die Restschuldbefreiung nicht. Eine solche Unterdeckung kann wegen Stundung der Verfahrenskosten (§ 4a InsO)[5] zurückgeblieben sein. Ohne Stundung hätte die Eröffnung gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO abgelehnt oder das eröffnete Verfahren gemäß § 207 Abs. 1 Satz 1 InsO eingestellt 560

4 Siehe auch unten Rn. 747 ff., 1484 ff., 1494 ff., 1573 ff, 1582.

5 Zur Stundung siehe unten Rn. 568 ff.

werden müssen. Das Restschuldbefreiungsverfahren wäre dann gar nicht begonnen. Fand aber die Stundung statt, konnte das Insolvenzverfahren bis in das Restschuldbefreiungsverfahren hinein ablaufen und Kosten anhäufen. Dieser Rückstand ist kein Versagungsgrund. Im Gegenteil ermöglicht § 4b Abs. 1 InsO eine Stundung über die Restschuldbefreiung hinaus.

2. Mittelbeschaffung

561 Ist die Masse arm, können Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Fortgang des Insolvenzverfahrens oder Restschuldbefreiung – von Stundung[6] abgesehen – durch anderweitige Kostendeckung gewährleistet werden (§§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 1, 207 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 1, 298 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 Fall 1 InsO). Anders als die Stundung ist das Vorschießen der Kosten nicht auf die Insolvenz natürlicher Personen begrenzt. Wie groß die Deckungslücke ist, spielt keine Rolle. Woher die bereitgestellten Mittel stammen, ist dem Gesetz ebenfalls gleichgültig. In §§ 26, 207 InsO ist für die Ebnung von Eröffnung oder Fortgang des Insolvenzverfahrens nicht einmal vorausgesetzt, daß der Schuldner die Mittelbeschaffung immerhin initiiert. Vielmehr kann ein Dritter auch aus eigenem Antrieb die Mittel bereitstellen. Die Motivation zum Einschießen von Geld in das Verfahren kann zum einen im Ziel der Restschuldbefreiung liegen, zum anderen aber auch in der Hoffnung darauf, daß das Insolvenzverfahren bei geschicktem Vorgehen des Insolvenzverwalters doch mehr Ertrag als zunächst gedacht oder vielleicht sogar eine Gesundung von Teilen des insolventen Vermögens erbringt.

562 Sind die eingeschossenen Mittel **Eigenmittel des Schuldners**, so müssen diese notwendig aus dem beschlagfreien Vermögen beziehungsweise aus den nicht dem Treuhänder zu Gebote stehenden Zuflüssen oder Beständen des Schuldners stammen. Denn sonst hätten sie bei der Deckungsberechnung schon veranschlagt werden müssen. Drittmittel können freigebige Zuwendungen (beispielsweise eines Verwandten oder einer mildtätigen Einrichtung) oder zu erstattende Hilfen, vor allem Darlehen, sein. Gleichgültig ist auch, ob der Dritte die Mittel unmittelbar dem Kostengläubiger gibt oder zunächst dem Schuldner. Im letzteren Falle fließen sie, wenn nicht das Verfahren bereits die Liquidation abgeschlossen hat, in die Masse und dienen von dort aus der Kostendeckung.

563 Erwartet der **Dritte eine Rückzahlung**, so ist er deswegen gemäß § 38 InsO Insolvenzgläubiger, wenn sein Erstattungsanspruch noch vor der Eröffnung entstand. Das ist der Fall, wenn zumindest die verbindliche Absprache (der Darlehensvertrag nach § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) noch vor der Eröffnung geschah. Es geht hier also um Mittel, welche die Abweisung mangels Masse ausschließen sollen. Vor Beschneidung seines Rückgewähranspruchs durch spätere Restschuldbefreiung schützt den Dritten § 302 Nr. 3 InsO. Dies gibt Dritten, die der Schuldner um Hilfe bittet und die den Einsatz nicht als verlorenen Zuschuß machen wollen, einen gewissen Anreiz. Weiterer Anreiz ist ein zusätzlicher Erstattungsanspruch wegen Konkursverschleppung gegen antragspflichtige Organe insolventer Gesellschaften (§ 26 Abs. 3 InsO).

564 Ein erst **während des Verfahrens helfender Darlehensgeber** (Einstellung des Insolvenzverfahrens oder Versagung der Restschuldbefreiung verhindernd) muß die Restschuldbefreiung ebenfalls nicht fürchten. Denn er ist kein Insolvenzgläubiger, sondern Neugläubiger. Die Einstellung verhindernde Unterstützung kann wie die Eröffnung ermöglichende mit einem zusätzlichen Erstattungsanspruch gegen konkursverschleppende Organe einhergehen (§§ 26 Abs. 3, 207 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 InsO).

565 Das Gesetz stellt keine Regeln dafür auf, auf welche Weise der Vorschuß bereitzustellen ist. Der Einzahlung in die Staatskasse bedarf es deshalb nicht. Man wird aber verlangen müssen, daß die Mittel in den Zugriff des Insolvenzverwalters gelangen. Der Insolvenzverwalter darf diese Mit-

6 Zur Stundung sogleich unter Rn. 568 ff.

tel allein zur Kostendeckung einsetzen[7]. Steht die Eröffnung noch bevor, müssen die Mittel dem Schuldner (zweckgebunden) zur Verfügung stehen, damit der künftige Verwalter sie im Schuldnervermögen vorfinden kann.

Das Gesetz sieht auch nicht vor, daß der Vorschuß vom Insolvenzgericht angefordert werde. Gleichwohl nimmt man an, daß dem Gericht ein Anforderungsbeschluß freistehe[8]. Angreifbar ist aber nur der Beschluß, der bei nichtbehobener Massearmut die Eröffnung ablehnt beziehungsweise die Einstellung verfügt oder die Restschuldbefreiung versagt. 566

Von der Hilfe zur Kostendeckung ist die Hilfe zu unterscheiden, welche den Eröffnungsgrund (§ 16 InsO) beseitigt. Gibt ein Dritter (freigebig oder auf Kredit) soviel Geld, daß die Illiquidität (§ 17 InsO) oder (bei freigebiger Unterstützung) die Überschuldung (§ 19 InsO) überwunden werden, wird das Verfahren mangels Eröffnungsgrundes nicht eröffnet beziehungsweise wegen Wegfall des Eröffnungsgrundes gemäß § 212 InsO eingestellt. 567

3. Stundung

Hat der Schuldner keine hinreichenden Mittel aus eigener Quelle oder von dritter Seite, so bleibt noch der Weg einer Stundung (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). Stundung kann **nur der Schuldner** erbitten, nicht ein Gläubiger oder ein Verwalter. Außerdem hat nicht ein jeder Schuldner Anspruch auf Stundung, sondern nur eine natürliche Person. Dies hängt mit dem Zweck zusammen, den nur für natürliche Personen angelegten Weg zur Restschuldbefreiung freizumachen. Daher gewährt das Insolvenzgericht Stundung auch nur dann, wenn der Schuldner auf Restschuldbefreiung anträgt (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). 568

Stundung kann der Schuldner schon zu Beginn beantragen, damit das Insolvenzverfahren überhaupt in Gang kommt (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO). Stundung kann er beantragen, um die Einstellung mangels Masse zu verhindern (§ 207 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 2 InsO). Stundung kann er schließlich beantragen, um einer Versagung der Restschuldbefreiung zuvorzukommen (§ 298 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 Fall 2 InsO). 569

Stundung hat im Insolvenzverfahren die **Funktion**, welche im Zivilprozeß die Prozeßkostenhilfe (§§ 114 ff. ZPO) wahrnimmt. Die Regelung zur Stundung nimmt denn auch punktuell auf die Regelung zur Prozeßkostenhilfe Bezug (siehe §§ 4a Abs. 2, 4b InsO). Neben der Stundungsregelung ist kein Raum für zusätzliche Anwendung von §§ 114 ff. ZPO über § 4 InsO, um dem Schuldner Verfahrenskostenhilfe für das Insolvenzverfahren insgesamt zuzubilligen. Nicht ausgeschlossen ist allerdings die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe in entsprechender Anwendung von §§ 114 ff. ZPO in Verbindung mit § 4 InsO an andere Beteiligte. Ausgeschlossen ist auch nicht Prozeßkostenhilfe in unmittelbarer Anwendung von §§ 114 ff. ZPO für den Verwalter, welcher als Repräsentant der Masse an Zivilverfahren teilnimmt.[9] Denkbar ist ferner Prozeßkostenhilfe (oder Verfahrenskostenhilfe in Analogie dazu) für den Schuldner wegen einzelner Auseinandersetzungen (Klagen, Beschwerden, Erinnerungen) im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren.[10] Die Begründung der Auseinandersetzung im Insolvenzverfahren führt nicht dazu, daß Entscheidungen über Prozeßkostenhilfe dazu den Beschwerderegeln der §§ 6, 7 InsO unterfallen. Vielmehr bleibt es bei §§ 567 ff. ZPO (ohne § 4 InsO).[11] 570

7 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 26 InsO, Rn. 20.

8 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 26 InsO, Rn. 21.

9 Unten Rn. 901.

10 Über die neben dem Stundungsmodell bestehenden Einsatzmöglichkeiten der Regeln zur Prozeßkostenhilfe siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4 InsO, Rn. 20; § 4a InsO, Rn. 59.

11 BGH, Beschluß vom 18. Januar 2007 – IX ZB 109/06 (nicht veröffentlicht).

571 Stundung reicht zunächst bis zur Restschuldbefreiung (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). Sie wird nicht für die Kosten des ganzen Verfahrens auf einmal gewährt, sondern für die Kosten einzelner Abschnitte (§ 4a Abs. 3 Satz 2 InsO), deren Deckung dann bis zum Zeitpunkt der Restschuldbefreiung zurückgestellt wird.[12] Die Gerichtskosten bleiben während der Stundung im Extremfall vollkommen offen (§ 4a Abs. 3 Nr. 1 Buchstabe a InsO). Diese Kosten wachsen um die Vergütungen für (vorläufigen oder endgültigen) Verwalter und Mitglieder des Gläubigerausschusses an, welche die Staatskasse vorschießt (siehe §§ 63 Abs. 2, 21 Abs. 2 Nr. 1, 274 Abs. 1, 313 Abs. 1 Satz 3, 73 Abs. 2 InsO; Nr. 9018 Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG). Außerdem können sich bei der Staatskasse noch Kosten aus Beiordnung eines Rechtsanwaltes auftürmen (§ 4a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 Buchstabe b InsO). Die Stundung ist allerdings auch der einzige Weg, auf dem die Staatskasse Belastung mit Vergütungen erleidet. Wenn Massearmut zunächst noch geprüft werden muß oder wenn sie unerkannt bleibt und das Eröffnungsverfahren oder das eröffnete Insolvenzverfahren ohne Stundung in Gang kommt, so trifft den Staat keine Ausfallhaftung für die Vergütungen. Insbesondere geht bei Ablehnung einer Eröffnung mangels Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) der vorläufige Verwalter leer aus, dessen Aufgabe es ist, mit seinen Feststellungen zur Vermögenslage des Schuldners die Entscheidung über den Eröffnungsantrag vorzubereiten[13].

572 Milderung erfährt die Belastung der Staatskasse gegebenenfalls durch Festsetzung zwischenzeitlicher Erstattungen (vage in § 4a Abs. 3 Nr. 1 InsO zu erkennen[14]) oder (bei großzügigem Umgang mit dem Wortlaut von § 4a InsO) dadurch, daß das Insolvenzgericht von vornherein nur ein Teil der Kosten stundet oder eine kürzere Stundungsdauer festsetzt[15]. Auch nachträgliche Änderungen (§ 4b Abs. 2 InsO), insbesondere Aufhebung der Stundung (§ 4c InsO) kommen der Staatskasse zugute, indem sie zumindest das weitere Anschwellen der Außenstände verhindern und im Idealfall (Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit vorausgesetzt) sogar in eine sofortige Erstattung seitens des Schuldners oder aus der Masse münden.

573 Auf der anderen Seite kann allerdings die Stundung sogar noch über die Restschuldbefreiung hinausreichen (§ 4b Abs. 1 InsO). Was der Schuldner dann nicht mit regelmäßigen Zahlungen innerhalb von bis zu 48 Monatsraten tilgt (§§ 4b Abs. 1 InsO, 115 Abs. 1 Satz 4 ZPO), fällt endgültig der Allgemeinheit zur Last.

12 Dazu *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 57.
13 BGH, Beschluß vom 22. Januar 2004 – IX ZB 123/03, NJW 2004, 1957 ff.
14 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 91 ff.
15 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 68 ff.

B. Besonderer Teil (Abläufe)

1. Abschnitt. Entwicklung bis zur Entscheidung über einen Eröffnungsantrag

§ 14 Vorfeld eines Insolvenzverfahrens

I. Vorbeugen gegen Insolvenz und Abwenden drohenden Verfahrens

So unterschiedlich die Ziele des Insolvenzverfahrens und die mit ihm verbundenen Erwartungen sind[1], so unterschiedlich ist auch die Neigung des Schuldners, eines Gläubigers oder eines anderen Betroffenen, sich mit seinen Interessen den Regeln des Insolvenzverfahrens zu unterwerfen oder gar ein solches zu initiieren. Bald drängt der eine auf den Einstieg ins Verfahren (der Schuldner will möglichst rasch zur Restschuldbefreiung gelangen; ein Gläubiger will möglichst rasch gleichmäßige Bedienung sicherstellen), bald sucht der andere um jeden Preis, das Verfahren abzuwenden (der Schuldner oder ein Gläubiger hoffen auf Besserung und fürchten kostenträchtige Zerschlagung zum falschen Zeitpunkt; die Kommune will den Standort aufrechterhalten). 574

1. Vorbeugen

Literatur: *Leker/Möhlmann-Mahlau/Wieben*, Risikomanagement vor und in der Insolvenz, 2002; *Pannen*, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten, 2. Aufl., 2006; *M. Schneider*, Möglichkeiten und Grenzen der Versicherbarkeit gegen das Insolvenzrisiko, 1998; *Schulte*, Vorsätzliche Insolvenz und Flucht in das Verbraucherinsolvenzverfahren mit dem Ziel der Restschuldbefreiung, ZInsO 2002, 265 ff.; *Wagner*, Die Einlagensicherung bei Banken und Sparkassen nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, 2004.

Weit vor den ersten Anzeichen einer Insolvenz finden die Bemühungen um Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Stärke und Milderung der Konsequenzen eines etwaigen Insolvenzverfahrens statt[2]. Hierher sind namentlich aus Gläubigersicht der Einsatz von Kreditsicherungsmitteln und aus Schuldnersicht die Wahl haftungsbeschränkender Unternehmensformen zu rechnen. Leichtere Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Verfassung aus Aufzeichnungen kommen Gläubigern und Schuldner zugute. 575

a) Kreditsicherung

Kreditsicherung umfaßt alle **Maßnahmen zur Erhöhung der Befriedigungsaussicht**. Dies beginnt bereits beim Beharren auf Zug-um-Zug-Leistung (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder gar bei Vereinbarung einer Vorleistung und bei Erleichterung des Zahlungseingangs im Wege der Einzugsermächtigung. 576

1 Siehe oben Rn. 129 ff. (§ 4 I).
2 Siehe oben Rn. 20 ff.

577 Im Mittelpunkt steht die **Herstellung vorrangiger Zugriffsmöglichkeit** auf bestimmte Gegenstände des Schuldnervermögens, auf bestimmte Gegenstände Dritter und auf die Eröffnung einer Haftung Dritter. Bestimmte Gegenstände des Schuldners oder Dritter werden als sogenannte Sachsicherheiten (auch wenn es sich um Forderungen oder andere Rechte handelt) eingesetzt. Der Zugriff des Gläubigers wird durch Sicherungsübertragung oder Bestellung eines Verwertungsrechts eröffnet. Er wird im schuldrechtlichen Sicherungsvertrag zwischen Gläubiger (Sicherungsnehmer) und Sicherungsgeber näher ausgestaltet (bei Personenverschiedenheit von Schuldner und Anbieter des Sicherungsgutes eine allseitige Absprache oder zwei zweiseitige Absprachen und zusätzlich eine Binnenabsprache zwischen Schuldner und Sicherungsgeber). Mehr oder minder detailliert bringt aber auch schon das dingliche Geschäft ein Regelungssystem mit sich (z.B. §§ 1113 ff., 1191 ff. BGB für Hypothek und Grundschuld; hingegen die Sicherungsabtretung nach § 398 BGB allenfalls eine mit Erledigung des Sicherungszwecks formulierte auflösende Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB).

578 Die Sachsicherheit reserviert Haftungsmasse, geht allerdings nicht über die vereinbarten Bestandteile in das ganze Vermögen hinaus. Sie bietet – je nach Gestaltung – in der Einzelzwangsvollstreckung den Schutz durch Drittwiderspruchsklage (Interventionsklage) nach § 771 ZPO oder Vorzugsklage nach § 805 ZPO oder Rangwahrung gemäß §§ 879 BGB, 10 f. ZVG (vgl. auch §§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1, 91 Abs. 1 ZVG). Im Insolvenzverfahren kann der Sicherungsnehmer auf abgesonderter Befriedigung bestehen (§§ 49 ff., 165 ff. InsO). Eine Erlösgarantie geht freilich nicht mit der Sachsicherheit einher. Im Gegenteil erlauben § 85a Abs. 2 ZVG Verwertungen unterhalb des Verkehrswertes (generell) und § 174a ZVG sogar schon Ausgebote unterhalb der bestrangigen Sicherung (bei Insolvenzverfahren). Ein niedriges Ausgebot (§ 174a ZVG) muß freilich nicht notwendig einen nur niedrigen Erlös nach sich ziehen. Das niedrige Ausgebot erleichtert lediglich den Eintritt von Nachfrage.

579 Seinen Vorsprung in der Befriedigungsaussicht büßt der Sicherungsnehmer teilweise mit Kostenbeteiligung ein (§§ 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG, 170 f. InsO). Hier drückt sich Zwangssolidarität nach § 1 Satz 1 InsO aus. Das in der Vorausschau notwendige Sicherheitenvolumen erhöht sich insoweit. Der Zugriff auf Gegenstände, welche Dritte als Sicherheit gewährten, bleibt auch bei Streckung oder Kappung der gesicherten Insolvenzforderung in Insolvenzplan oder Restschuldbefreiung ungeschmälert (§§ 254 Abs. 2 Satz 1, 301 Abs. 2 Satz 1 InsO); im Schuldenbereinigungsplan hängt das von dessen Gestaltung ab (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO).

580 Sicherung kann auch durch **Öffnung zusätzlicher Vermögensmassen** im ganzen für eine Haftung geschehen. Dies ist der Bereich der Personalsicherheiten wie zum Beispiel der Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB). Aber auch zum Beispiel eine Forderungsausfall-Versicherung, die der Gläubiger oder der Schuldner unmittelbar zugunsten des Gläubigers (siehe im Reisegewerbe § 651k BGB) nimmt, ist darunter zu zählen. Manche Schadenversicherung hat, ohne als Ausfallversicherung bezeichnet zu sein, zumindest auch die Funktion einer solchen (beispielsweise die Unfallversicherung, die Krankenversicherung oder die Hausratversicherung wegen Forderungen aus unerlaubter Handlung).

581 Ferner stellen diverse (teils freiwillige, teils gesetzlich vorgegebene) Sicherungssysteme zusätzliche Haftungsmassen dar. Sie sind für Gläubiger besonders wertvoll, wenn sie Leistungen unmittelbar an ihn vorsehen und nicht nur (aber mittelbar auch) für Liquiditätsverbesserung beim Schuldner sorgen. Als solche Systeme sind etwa zu nennen

- das Insolvenzgeld (§§ 183 ff. SGB III);
- Pensionssicherungsvereine der betrieblichen Altersversorgung (§§ 7 ff. BetrAVG);
- Einrichtungen wie der Einlagensicherungsfonds im Bundesverband deutscher Banken (§§ 6 ff. EAEG; vgl. Informationspflicht gegenüber Kunden betreffend Beitritt und Ausscheiden gemäß § 23a KWG);
- früher die zu Beginn des 21. Jahrhunderts aufgegebene Gewährträgerhaftung der Kommunen für ihre Sparkassen nach näherer Bestimmung in den Landesgesetzen (z.B. Art. 4 SpkG Bay a.F., § 6 SpkG NRW a.F.).

582 Der Sicherungsnehmer genießt bei Öffnung dritter Vermögensmassen nicht die Reservierung bestimmter Objekte, sondern nur die Hoffnung auf Bestand frei zugreifbarer Vermögensbestandteile eines Dritten. Der Gläubiger weiß nicht, auf was er wird zugreifen können, ist aber

andererseits auch nicht in der Auswahl bereits festgelegt. Nicht selten wird der Gläubiger einen Sicherungsnehmer, welcher Sachsicherheit gewährt, gleichzeitig auch um Personalsicherheit anzugehen versuchen. Personalsicherheiten gehen wie Sachsicherheiten nicht (oder nicht notwendig) mit Streckung oder Kürzung der Schuld verloren (§§ 254 Abs. 2 Satz 1, 301 Abs. 2 Satz 1 InsO; § 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO).

Der Umfang der zu vereinbarenden Sicherung hängt vom zu sichernden Forderungsvolumen, 583
von den Bereitstellungsmöglichkeiten des Schuldners, von individueller Risikoeinschätzung (vom »Rating« des Schuldners ebenso wie von der Beurteilung der Sicherheit selbst), den konjunkturellen Gegebenheiten und Erwartungen, dem Preis für den Kredit (Zins) und den Kosten von Begründung, Verwaltung und Ausübung der Sicherheit ab.

Um Abgrenzungsschwierigkeiten nicht mit dem Insolvenzverwalter austragen zu müssen, son- 584
dern die Verteilung unter mehreren Sicherungsnehmer in eigener Regie zu halten, bilden Gläubiger zuweilen sogenannte **Sicherheiten-Pools**[3]. Eine solche Sammlung von Sicherheit kann von Anfang an oder auch nachträglich, sogar noch nach Verfahrenseröffnung, gebildet werden. Eine Gestaltungsmöglichkeit ist, die Sicherheiten in der Hand eines Treuhänders zusammenzuziehen; die Treuhandrolle kann auch eine Gesellschaft (§ 705 BGB) einnehmen, welche die Sicherungsnehmer zwecks Bündelung der Sicherheiten errichten. Eine Alternative ist die Bildung schlichter Rechtsgemeinschaft (§§ 741 und ggfs. 1008 BGB). Wegen des Auftretens gegenüber dem Insolvenzverwalter muß man den Pool-Vertrag genau daraufhin betrachten, ob er gemeinsame dingliche Berechtigung vorsieht oder nur schuldrechtlich eine Erweiterung des Sicherungszwecks oder gar nur eine interne Absprache über die Erlöszuordnung.[4]

b) Gesetzliche Vermehrung der Schuldnerstellung

Nicht nur die Vertragsgestaltung sorgt für Erweiterung des Zugriffs. In vielen Fällen sorgt 585
schon das Gesetz für **mehrfache Schuldnerstellung**. Beispiele bieten der Übergang eines Mietobjektes (§ 566 Abs. 2 BGB; § 57 ZVG), der Betriebsübergang (§ 613a Abs. 2 BGB), der Übergang eines Gewerbebetriebes (§ 25 HGB)[5] und der Eintritt in eine schon bestehende offene Handelsgesellschaft (§ 130 HGB).[6] Nur teilweise läßt sich eine zwischen Veräußerer und Übernehmer vereinbarte Freistellung des Übernehmers mit Außenwirkung gegenüber dem Gläubiger ausstatten (§ 25 Abs. 2 HGB). Ansonsten bedarf es einer Mitwirkung des Gläubigers, will man Veräußerer oder Schuldner mit Außenwirkung entlasten. Eine nur interne Freistellung versagt im Augenblick der Insolvenz des Freistellungsverpflichteten. Für die Kosten gerichtlicher Verfahren ist Schuldnermehrheit in §§ 22 ff. GKG geordnet. Gesetzlich vorgeschriebene Sicherungssysteme[7] sind dem in einem weiteren Sinne ebenfalls zuzuordnen.

c) Unternehmensform

Wer seine eigene Rolle als ein potentieller künftiger Schuldner bedenkt, wird sich Gedanken 586
um Haftungsbeschränkung machen. Das führt zur Bildung gesonderter Vermögensmassen für den Verkehr mit der Umwelt unter möglichst geringem Risiko für das Privatvermögen. Die Ge-

3 Über Sicherheiten-Pools lies *Foerste*, Rn. 373 ff.; *Steinwachs*, Die Insolvenzfestigkeit des Sicherheitenpoolvertrags, NJW 2008, 2231 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 51 InsO, Rn. 47 ff. Siehe auch unten Rn. 1360.

4 Beispiel für Auslegung einer Pool–Abrede als Erweiterung des Sicherungszwecks ohne dingliche Mitberechtigung aller Teilnehmer: BGH, Urteil vom 2. Juni 2005 – IX ZR 181/03, DZWIR 2005, 29, 30.

5 Die Finanzschwäche des vom Firmenübernehmer fortgeführten Unternehmens steht der Haftung des Übernehmers aus § 25 HGB nicht entgegen; siehe BGH, Urteil vom 28. November 2005 – II ZR 355/03, NJW 2006, 1001, 1002.

6 Vgl. zur Übertragung eines Unternehmens durch den Insolvenzverwalter unten Rn. 1332.

7 Siehe zuvor Rn. 581.

sellschaft mit beschränkter Haftung erfreut sich unter diesem Aspekt besonderer Beliebtheit – einzeln oder in diversen wohlersonnenen Kombinationen von Gesellschaftsarten, welche zugleich unterschiedlichen Ertragsbesteuerungen Rechnung tragen. Beiträge zu Gesellschaften werden in deren Insolvenz erst nach Erledigung aller anderen Ansprüche erstattet (§ 199 Satz 2 InsO), praktisch also so gut wie nie. Der Verlust der Einlagen erhöht sich um die Erschwernisse für die Rückgewinnung von Gesellschafterdarlehen und anderen Überlassungen des Gesellschafters (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO) sowie die bevorzugte Inanspruchnahme des Gesellschafters, welcher einem dritten Darlehensgeber zugunsten der kreditsuchenden und später insolventen Gesellschaft Sicherheit gab (§ 44a InsO). Dies steht in der Nachfolge zu den früheren Regeln über Rückgewähr kapitalersetzender Leistungen in der Insolvenz (z.B. §§ 32a, 32b GmbHG a.F.; § 129a HGB a.F.; § 135 InsO a.F.[8]). Die Konkursteilnahme des Darlehensgebers als Insolvenzgläubiger nur wegen eines Ausfalls beim Gesellschafter (§ 44a InsO) ähnelt derjenigen des absonderungsberechtigten Insolvenzgläubigers (§ 52 InsO).

587 Im Blick sind auch Verjährungserleichterung und Nachhaftungsbegrenzung bei Auflösung einer Personengesellschaft oder bei Ausscheiden aus ihr (§§ 159 f. HGB, 736 Abs. 2 BGB) oder aus einem einzelkaufmännischen Unternehmen (§ 26 HGB).

d) Aufzeichnungspflichten

588 Aufzeichnungspflichten kennen sowohl das Steuerrecht (§§ 140 ff. AO) als auch das Handelsrecht (§§ 238 ff. HGB). Eine besondere Erwartung, ungünstige Entwicklung frühzeitig sichtbar zu machen, wird der handelsrechtlichen Aufzeichnung entgegengebracht. Teilweise bestehen handelsrechtlich sogar Verpflichtungen, Jahresabschlüsse und Lageberichte vom Wirtschaftsprüfer untersuchen zu lassen und offenzulegen (z.B. §§ 316 ff. HGB, 6, 9 PublG). Die Erfahrung hat aber gezeigt, daß man die Hoffnung, aus Testaten von Wirtschaftsprüfern ein verläßliches Bild vom Schuldner zu gewinnen, nicht allzu hoch ansetzen sollte.

2. Abwenden eines Insolvenzverfahrens mit Haftungs- und Anfechtungsrisiken

Literatur: *Binder*, Bankinsolvenzen im Spannungsfeld zwischen Bankaufsichts- und Insolvenzrecht, 2005; *Blöse*, Unternehmenskrisen. Ursachen, Sanierungskonzepte, Krisenvorsorge, Steuern, 2006; *Frege*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, NZI 2006, 545 ff.; *Görg*, Grundzüge der finanziellen Restrukturierung der Philipp Holzmann AG im Winter 1999/2000, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 117 ff.; *Goette*, Krisenvermeidung und Krisenbewältigung in der GmbH – Überblick, ZGR 2006, 261 ff.; *Götz/Hegerl*, Die Begründbarkeit des Sanierungsprivilegs in § 32a GmbHG und seine praktische Umsetzung, DB 2000, 1385 ff.; *Hüttemann*, Gläubigeranfechtung und Kapitalschutz, GmbHR 2000, 357 ff.; *Kirchhof*, Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen vorläufiger Insolvenzverwalter, ZInsO 2000, 297 ff.; *Knops/Bamberger/Maier-Reimer* (Hrsg.), Recht der Sanierungsfinanzierung, 2005; *Paulus*, Verbindungslinien zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 33 ff.; *Renner*, Insolvenzverschleppungshaftung in internationalen Fällen, 2007; *Smid*, Existenzvernichtungshaftung, Insolvenzabwicklung und Sanierung, DZWIR 2008, 265 ff.; *Wennemann*, Unternehmenssanierung in der Insolvenz. Erweiterter Haftungsspielraum der neuen Insolvenzordnung anhand von Fallbeispielen und quantitativen Modellen, 2007; *Westermann*, Gesellschafter- und Geschäftsführerpflichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht, DZWIR 2006, 485 ff.; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise. Lösungswege für den Geschäftsführer, 2007; *van Zwoll/Mai/Eckardt/Rehborn*, Die Arztpraxis in Krise und Insolvenz, 2007.

a) Abwendungsbemühungen

589 In mehr oder minder bedrängter Situation finden die Bemühungen um Verhinderung allmählichen Niedergangs, um Abwenden kurz bevorstehender Insolvenz oder gar

8 Siehe unten Rn. 651 f.

um Behebung eingetretener Insolvenz statt. Unter den Instrumenten zur Bewältigung von Insolvenz war hiervon bereits die Rede[9]. Meist zu spät kommen großangelegte, immense Kosten verschlingende und marktfern zum Scheitern verurteilte Rettungsaktionen popularitätsheischender Politik. Gleichwohl gilt es zu beachten, daß auch zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Antragspflichten (insbesondere § 15a Abs. 1 InsO) bestehen können, Abwendungsversuche noch legitim sind. Denn wenn der eingetretene Insolvenzverfahrensgrund noch nach Verfahrenseröffnung mit der Folge der Verfahrenseinstellung behoben werden kann (§ 212 InsO), so muß erst recht vor Eröffnung Sanierung statthaft sein. Deshalb gibt § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO der Geschäftsführung für den unverzüglichen Eröffnungsantrag bis zu 3 Wochen Zeit.

Doch muß die Konkursabwendung **nachhaltig** sein. Bloß kurzfristige Wiederherstel- 590
lung der Zahlungsfähigkeit, kurzfristige Beseitigung der Gefahr von Zahlungsunfähigkeit und kurzfristige Beseitigung einer Überschuldung ist lediglich Konkursverschleppung. Sie kann eine Schadensersatzpflicht der Verursacher (das sind der Schuldner oder seine Organe, Gläubiger, aber auch Außenstehende wie neue Kreditgeber, ein beratender Rechtsanwalt oder der Wirtschaftsprüfer) nach sich ziehen. Die Ersatzpflicht ergibt sich je nach Verbindung des Schädigers mit dem Geschädigten aus § 280 Abs. 1 BGB oder unmittelbar nach den Vorschriften über Antragspflicht; ferner aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Antragspflicht, mit den Insolvenzstraftatbeständen der §§ 283 ff. StGB oder mit dem Betrugstatbestand des § 263 StGB; auch aus § 826 BGB[10]. Überdies kann Verschleppung des Insolvenzverfahrens die getätigten Geschäfte als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) oder gesetzwidrig (§ 134 BGB) markieren. Der Vorwurf der Konkursverschleppung mit der Folge einer Schadensersatzlast kann jeden Schuldner treffen, nicht nur antragspflichtige Organe.

b) Maßnahmen der Abwendung

Zur Abwendung des Insolvenzverfahrens kommt eine Vielzahl von Geschäften in Frage, ein- 591
zeln mit einzelnen Partnern getätigt oder im Verbund. Unter anderem sind zu nennen:

- Veräußerung von Vermögensteilen zur Gewinnung flüssiger Mittel;
- Veräußerung zur Zeit unrentabler Vermögensteile, die ein Erwerber nach Eingliederung in sein Vermögen besser zu nutzen vermag, zum Abschütteln von Lasten;
- Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) mit Personalabbau (euphemistisch heute »Freisetzung«); eventuell entsteht ein Sozialplan (§ 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG), welcher in einem späteren Insolvenzverfahren je nach Entstehenszeitpunkt widerrufen oder fortgeführt wird (§ 124 Abs. 1 InsO);
- Stillhalteabkommen (*pactum de non petendo*), das heißt vorläufiger Verzicht auf gerichtliche Schritte im Erkenntnisverfahren, in der Einzelzwangsvollstreckung oder mittels Antrags auf Insolvenzverfahren; Absprache über Hinausschieben der Fälligkeit (Stundung), über Ratenzahlung in Abweichung von § 266 BGB, über Verzicht auf Zinsen; die Bereitschaft der Gläubiger hierzu hängt unter anderem von der Geschwindigkeit einer ersten Zahlung ab; auch bestehen womöglich Gläubiger zur Vereinfachung künftigen Zugriffs auf (deklaratorisches) Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB; § 350 HGB);

9 Oben Rn. 167 ff. (§ 5).

10 Über Haftbarkeit des Schuldners oder seiner Organe bereits oben Rn. 438 ff. Zur Haftbarkeit einer Bank gegenüber Dritten aus § 826 BGB bei wirtschaftlich aussichtsloser Lage des Kreditnehmers BGH, Urteil vom 26. Mai 2001 – VI ZR 114/00, NJW 2001, 2632, 2633.

- Erlaßvertrag (§ 397 Abs. 1 BGB); negatives Schuldanerkenntnis (§ 397 Abs. 2 BGB; Aufhebungsvertrag; in der Regel nur Teile betreffend; vollständiger Forderungsverzicht ist normalerweise nur im Zusammenhang mit weiteren Geschäften zu erwarten;
- Vergleich (§ 779 BGB), sofern streitige Positionen bestehen;
- Beteiligungen von Gläubigern am Schuldnervermögen an Erfüllungs Statt (§ 364 Abs. 1 BGB) mit Zurückdrängen der Regeln über Gesellschafterdarlehen (§§ 39 Abs. 4 Satz 2, 135 Abs. 4 InsO); früher unter Zurückdrängen der Regeln über Eigenkapitalersatz (§ 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a.F.)[11]; gemeinsame Neugründung von Schuldner und Gläubigern, in die die Gläubiger als Eigenkapital ihre Forderungen, eventuell aber sogar auch weitere Mittel einbringen;
- Gewinnung neuen Eigenkapitals aus dritter Hand, also Beteiligung Dritter;
- Kreditprolongation, das heißt Vereinbarungen zur Verlängerung eines auslaufenden Kredites; sonstige Anschlußverträge; neuer Kredit; neue Kreditsicherheit ist meist unumgänglich.

c) Sittenwidrigkeit

592 Rechtsprechung und Lehre entwickelten schon vor vielen Jahrzehnten ineinander fließende Fallgruppen von Sittenverstößen[12]. Sittenwidrigkeit kann ein einzelnes Rechtsgeschäft berühren, aber auch das Verhalten insgesamt kennzeichnen. Das Verhalten und einzelne Geschäfte können an Sittenwidrigkeit wegen der Wirkung auf den Schuldner ebenso leiden wie wegen der Wirkungen auf Dritte.

- Mißbilligte Wirkung auf den Schuldner ist die Erzeugung von Abhängigkeit, die Knebelung.
- Mißbilligte Wirkung nach außen, nämlich Gläubigergefährdung, wird vor allem in folgenden, nicht scharf voneinander zu trennenden und auch keine geschlossene Liste bildenden Unterfällen beschrieben:
  - Verschleppung[13] schon an und für sich;
  - Aussaugen des Schuldners (zusätzliche Lasten verursachen Insolvenz oder treiben noch tiefer in die Insolvenz)[14];
  - stille Geschäftsinhaberschaft (nicht mehr der Schuldner, sondern gewisse besonders engen Kontakt zum Schuldner haltende und ihn beeinflussende Dritte genießen die Früchte seiner Tätigkeit, ohne selbst das gesamte Geschäftsrisiko zu tragen);
  - Verursachen von Kreditbetrug (der Schuldner wird veranlaßt, andere bewußt um seine Leistungsfähigkeit zu täuschen);
  - Verursachen unvorsätzlicher Gläubigergefährdung (der scheinbar gutsituiert weiterwirtschaftende Schuldner wird auch ohne vorsätzliche Vorspiegelungen bei Dritten Fehlvorstellungen über seine Leistungsfähigkeit wecken);
  - die wirtschaftliche Situation verschleiernder Einsatz für den Schuldner im Kontakt mit Dritten.

11 Zu diesem sogenannten Sanierungsprivileg *Götz/Hegerl*, DB 2000, 1385 ff.

12 Siehe BGH, NJW 2001, 2632, 2633; *Becker*, Maßvolle Kreditsicherung, 1999, S. 227 ff., m.w.N.

13 Siehe oben Rn. 419, 422, 439; unten Rn. 670 und 1073.

14 Die sogenannte Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter, gestützt auf § 826 BGB, in Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zu § 31 GmbHG (Erstattung entgegen § 30 GmbHG geleisteter Anzahlungen), begreift BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 – II ZR 3/04, KTS 2007, 494 ff., 497 ff., als Innenhaftung gegenüber der in die Insolvenz gedrängten Gesellschaft; dazu Anm. *Altmeppen*, NJW 2007, 2657 ff.; *Schopper/Strasser*, KTS 2007, 504 ff., und *Hölzle*, Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB – Alte Haftung in neuem Gewand?, DZWIR 2007, 397 ff. Weiterer Anwendungsfall in BGH, Urteil vom 9. Februar 2009 – II ZR 292/07, NZI 2009, 400 ff.

d) Anfechtbarkeit

Die Geschäfte, mit denen der Schuldner das Insolvenzverfahren abdrängt, stehen 593
vielfach unter dem Risiko der Anfechtbarkeit gemäß §§ 129 ff. InsO. Denn viele Erleichterungen empfängt der Schuldner nur, indem er seinerseits den Gläubigern gewisse Zugeständnisse in Beteiligung, Sicherung, Befriedigung (z.B. bevorzugte Tilgung eines Teilbetrages) oder neuer Verpflichtung (neuer Rahmenvertrag, neue Bestellungen usw.) macht. Leistungen Dritter gewinnt der Schuldner, von Freigebigkeit abgesehen, erst recht nur durch eigene Leistungen oder deren Versprechen. All dies ist potentiell **masseverkürzend** und damit **gläubigerschädigend**. Überdies kann der einen Sanierungsversuch Unterstützende – zum Beispiel ein anderes Unternehmen im Verbund des sanierungsbedürftigen – später selbst in Not geraten und sein Beitrag sich zugunsten seiner Insolvenzgläubiger als anfechtbar erweisen[15].

In Betracht zu ziehen sind vor allem die Fälle **kongruenter Deckung** (§ 130 InsO), 594
inkongruenter Deckung (§ 131 InsO) und unmittelbar **nachteiliger Rechtshandlung** (§ 132 InsO). Das Anfechtungsrisiko verwirklicht sich, wenn das Insolvenzverfahren trotz aller Abwehrbemühungen doch eines Tages eröffnet werden muß. Anfechtungsrechte ergeben sich unabhängig davon, ob das Verfahren auf Zerschlagung ausgeht oder auf einen Insolvenzplan. Und auch ohne ein Insolvenzverfahren kann Anfechtung die gewonnenen Vorteile zerstören. Denn solange das Insolvenzverfahren abgewendet bleibt, ist Einzelzwangsvollstreckung einschließlich Zugriffserweiterung nach dem Anfechtungsgesetz möglich.

Nicht wirklich beseitigt die Ausnahme, daß einem Sanierungskonzept sämtliche Gläubiger zu- 595
stimmen[16], das Anfechtungsrisiko. Anfechtung dient dem Schutz der Insolvenzgläubiger vor **Vermögensverlagerung**. Wer der Verlagerung zustimmt, ist mit der zugriffsbeeinträchtigenden Wirkung der Maßnahmen einverstanden. Es wäre treuwidrig, später den Nutzen aus einer Beanstandung nach §§ 129 ff. InsO zu ziehen. Wenn demnach niemand aus dem Kreis der Insolvenzgläubiger den Erfolg der Anfechtung verdient, muß sie unterbleiben. Dieser Gedankengang setzt freilich voraus, daß nicht ein einziger Insolvenzgläubiger übergangen wurde und auch jeder einzelne seine Zustimmung in voller Kenntnis sämtlicher Sanierungsmaßnahmen erteilte. Das ist praktisch ausgeschlossen. Weder kann man jemals sicher sein, daß wirklich alle Insolvenzgläubiger erreicht werden, noch ist die notwendige vollkommene Transparenz auch nur unter den erreichten Gläubigern herstellbar. Im Gegenteil haben Rettungsaktionen oftmals allein dann halbwegs Aussicht auf Erfolg, wenn nur einzelne Gläubiger – insbesondere Banken – mit dem Schuldner zusammenwirken, und zwar bei Wahrung äußerster Diskretion. Anfechtungsgefahr bannt auch nicht der Befund, die für einen Sanierungskredit eingeräumte Sicherheit habe angemessenen Umfang, oder der Sanierungsversuch sei aussichtsreich[17]. Denn angemessene Geschäfte können ebenfalls anfechtbar sein. Schließlich entlastet auch das Recht versteckt in der Verbindung von § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO mit § 135 Abs. 4 InsO angelegte Sanierungsprivileg nur einige Fälle von Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten vom Anfechtungsrisiko.[18]

Die Anfechtung **nimmt dem Gläubiger die Vorteile**, welche er deswegen erlangte 596
und dadurch bezahlte, daß er dem Schuldner Zugeständnisse von noch größerem Umfang machte. Er erleidet mithin aufs Ganze gesehen einen zweifachen Verlust. Ohne die anfechtungsgefährdeten Vorteile wird allerdings ein Gläubiger noch schwe-

15 Beispiel in OLG Köln, Beschluß vom 24. Januar 2000 – 16 W 29/99, ZInsO 2000, 156 f., Besicherung der Schuld einer Muttergesellschaft als unentgeltliche Leistung gemäß § 134 InsO einstufend.
16 *Zeuner*, in: *Smid*, Kommentar, § 133 InsO, Rn. 40.
17 So aber *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 130 InsO, Rn. 49 ff.
18 Vgl. auch unten Rn. 651.

rer zu Zugeständnissen zu bewegen sein. Denn dann wäre sein Verlust aus Forderungserlaß, Stundung oder Kreditprolongation sogleich endgültig. Weitgehend ungeklärt ist die Frage, wie weit die Vertragspartner das Anfechtungsrisiko durch Vertragsgestaltung mildern können[19]. Zu denken ist an auflösende Bedingungen (§ 158 Abs. 2 BGB) mit oder ohne zeitliche Rückbeziehung der Folgen (§ 159 BGB), an Rücktrittsvorbehalte und Vereinbarung von Kündigungsrechten. Wo derartige Absprachen fehlen und auch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) sie nicht hervorzubringen vermag, ist an abweichende Beurteilung der Verhältnisse nach den Regeln von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder über Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu denken. Bei allem aber stellt sich erneut die Frage der Anfechtbarkeit (§§ 129 ff. InsO), nun die umgekehrten Vermögensflüsse betreffend, welche die Beseitigung oder Korrektur der vergeblich auf Sanierung gerichteten Geschäfte auslöst.

597 Problembeladen ist das **Verhältnis der Regeln über Sittenwidrigkeit und Gesetzwidrigkeit** einerseits und **Anfechtbarkeit** (§§ 129 ff. InsO) andererseits. Rechtsprechung und Lehre ringen um das rechte Verhältnis von Vorrang und Nachrang. Dies mündet in die Frage, ob Sittenwidrigkeit (§§ 138 Abs. 1, 826 BGB) oder nichtigkeitsauslösende Gesetzwidrigkeit (§ 134 BGB) bei Verwirklichung von Anfechtungstatbeständen nur dann angenommen werden dürfe, wenn über die Verwirklichung des Anfechtungstatbestandes hinaus belastende Umstände vorliegen.[20] Die Frage ist nach Meinung des Verfassers nicht generell zu bejahen. Auch die besonders intensive Verwirklichung eines Anfechtungstatbestandes und sogar die nicht vollständige Verwirklichung kann zur Nichtigkeit führen. Grundsätzlich allerdings wird man in der Tat den Anfechtungsvorschriften entnehmen dürfen, daß der Gesetzgeber die fraglichen Geschäfte zunächst einmal für gültig hält, und die Entscheidung dem einzelnen Fall überlassen müssen.

II. Sichanbahnen des Insolvenzverfahrens

Literatur: *Ahrendt/Struck*, Kein Anfechtungsrecht des Verwalters bei Masseunzulänglichkeit?, ZInsO 2000, 264 ff.; *Allgayer*, Rechtsfolgen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung, 2000; *Bauer*, Ausdehnung der Vorsatzanfechtung durch die Rechtsprechung des BGH, ZInsO 2004, 594 ff.; *Becker*, Begünstigen und Zurückdrängen der Aufrechnung unter laufendem Insolvenzverfahren, DZWIR 2005, 211 ff.; *Biehl*, Wesen und Wirkung der Insolvenzanfechtung nach neuem Recht, KTS 1999, 313 ff.; *Blöse*, Krisenmanagement mit Outsourcing. Sanieren und restrukturieren durch Auslagerungen, 2006; *Bork*, Insolvenzanfechtung des »Stehenlassens« in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 279 ff.; *Bork*, Kontokorrentverrechnung und Bargeschäft, in: Festschrift Kirchhof, 2003, S. 57 ff.; *Bork*, Die Renaissance des § 133 InsO, ZIP 2004, 1694 ff.; *Bruckhoff*, Zur Anfechtung von Kontokorrentverrechnungen, NJW 2002, 3304 ff.; *Burchard*, Die Insolvenzanfechtung im Dreieck, 2009; *Burmeister*, Zur Einlösung von Schecks und Lastschriften, 2006; *Christiansen*, Bedingungen und Befristungen im Recht der Insolvenzanfechtung, KTS 2003, 353 ff.; *Dampf*, Die Rückführung von Kontokorrentkrediten in der Unternehmenskrise und ihre Behandlung nach KO und InsO, KTS 1998, 145 ff.; *Dauernheim*, Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz, 1999; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, 2006; *Eckert*, Probleme der Bestimmung des für Insolvenzanfechtung relevanten Zeitpunktes nach § 140 InsO, 2003; *G. Fischer*, Der maßgebliche Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung, ZIP 2004, 1679; *G. Fischer*, Krisenbewältigung durch Insolvenzrecht, ZGR 2006, 403 ff.; *G. Fischer*, Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung, NZI 2008, 588 ff.; *Fischer/Dissen*, Pfandrecht der Bank am Kontoguthaben in der Krise des Kontoinhabers – Insolvenzrechtliche Wirkung einer Kontosperre, DZWIR 2004, 368 ff.; *Foerste*, Zwangsvollstreckung und Insolvenzanfechtung – ein Prüfstein

19 Dazu *Paulus*, Verbindungslinien zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie, in: Festschrift Uhlenbruck, S. 33, 44 ff.

20 Siehe BGH, Urteil vom 4. Juli 2000 – VI ZR 192/99, NZI 2000, 471 ff., zum älteren AnfG; BGH, Urteil vom 23. April 2002 – IX ZR 136/01, KTS 2002, 685, 688 f.; *Becker*, Maßvolle Kreditsicherung, 1999, S. 185 ff.; *Foerste*, Rn. 288.

subjektiver Auslegung in: Festschrift Musielak, 2004, S. 141 ff.; *Füßmann*, Die Auswirkungen des reformierten Insolvenzanfechtungsrechts auf das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, 2001; *Gerhardt*, Zur Insolvenzanfechtung eines Vergleichs i.S. des § 779 BGB, KTS 2004, 195 ff.; *Grothe*, Die vollstreckungsrechtliche »Rückschlagsperre« des § 88 InsO, KTS 2001, 205 ff.; *Güther*, Die Insolvenzanfechtung der Deckung von Altverbindlichkeiten, 2006; *Güther/Kohly*, Die Insolvenzanfechtung als Sonderrecht zu Lasten der Finanzämter und Sozialversicherungsträger?, ZIP 2007, 1349 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Anfechtbarkeit von Forderungseinziehungen durch den Sicherungsnehmer vor Insolvenzeröffnung, NZI 2004, 305 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Der Anwendungsbereich des § 88 InsO, NZI 2005, 663 ff.; *Häsemeyer*, Die Deckung einer Insolvenzforderung mittels geduldeter Kontenüberziehung benachteiligt die Insolvenzgläubiger!, KTS 2007, 423 ff.; *Hallermann*, Die Risiken einer Insolvenzanfechtung für den Käufer eines Unternehmens. Gefahren und Risikominderung im Vorfeld der Verkäuferinsolvenz, 2007; *Heinrich* (Hrsg.), Rationalisierung und Sanierung als Wege in die Zukunft, 2006; *Henckel*, Insolvenzanfechtung, in: Kölner Schrift, S. 813 ff.; *Heublein*, Gutschriften in der Krise – insolvenzfester Glücksfall oder anfechtbare Scheindeckung?, ZIP 2000, 161 ff.; *Hirte*, Insolvenzanfechtung im Konzern: *upstream guarantees* als anfechtbare Rechtshandlungen, ZInsO 2004, 1161 ff.; *Hirte*, Insolvenzanfechtung im Übergang, ZInsO 2001, 784; *Jacobi*, Die teleologische Reduktion des § 88 InsO und die Verfassungswidrigkeit der Einfügung des Satzes 2 zu § 131 Abs. 1 InsO, KTS 2006, 239 ff.; *Jacoby*, Die Anfechtbarkeit von Zahlungen durch Zwangsvollstreckung und auf Grund von Zwangsvollstreckungsdruck, KTS 2005, 371 ff.; *Jacoby*, Zur Bedeutung des § 133 InsO im System der Insolvenzanfechtungsgründe, KTS 2009, 3 ff.; *Jung*, Die nationale und internationale Gläubigeranfechtung nach deutschem und französischem Recht, 2005; *Kayser*, Die Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO – Ausweitung der Anfechtbarkeit von Drittleistungen?, WM 2007, 1 ff.; *Kayser*, Insolvenzrechtliche Bargeschäfte (§ 142 InsO) bei der Erfüllung gesetzlicher Ansprüche?, ZIP 2007, 49 ff.; *Keller*, Die Wirkungen der Rückschlagsperre des § 88 InsO auf die Sicherungshypothek nach §§ 866, 867 ZPO, ZIP 2006, 1174 ff.; *Kieper*, Abwicklungssysteme in der Insolvenz, 2004; *Kirchhof*, Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen vorläufiger Insolvenzverwalter, ZInsO 2000, 297 ff.; *Kirchhof*, Anfechtbarkeit von Sachsicherheiten insbesondere der Banken in der Insolvenz des Kunden, ZInsO 2004, 465 ff.; *Kirchhof*, Anfechtungen von Leistungen unter Vollstreckungsdruck, ZInsO 2004, 1168 ff.; *Klumb*, Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung, 2005; *Kuder*, Die Zahlstelle in der Insolvenz des Lastschriftschuldners im Einzugsermächtigungsverfahren, 2006; *Kuder*, Insolvenzfestigkeit revolvierender Kreditsicherheiten, ZIP 2008, 289 ff.; *Lachmann*, Gläubigerrechte in Krise und Insolvenz, 2007; *Lachmann/Nieberding*, Insolvenz am Bau, 2006; *Leithaus*, Zur Insolvenzanfechtung von Kontokorrentverrechnungen, NZI 2002, 188 ff.; *Lind*, Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände, 2006; *Looff*, Zum § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F., DZWIR 2008, 270 ff.; *Lwowski*, Die Anfechtung von Kreditrückzahlungen und Zahlungseingängen auf debitorischen Konten im Insolvenzverfahren, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, 299 ff.; *Lwowski/Wunderlich*, Insolvenzanfechtung von Kapitalherabsetzungs- und Umwandlungsmaßnahmen, NZI 2008, 595 ff.; *Marotzke*, Freiwillige Forderungserfüllung, Zwangsvollstreckung und Vollstreckungsdruck im Fokus des Insolvenzanfechtungsrechts, DZWIR 2007, 265 ff.; *Marotzke*, Die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Zahlungen aus einem im Soll geführten Konto. Zugleich ein Plädoyer für einen normativen (Gläubiger-)Benachteiligungsbegriff, ZInsO 2007, 897 ff.; *Nobbe*, Zahlungsverkehr und Insolvenz, KTS 2007, 397 ff.; *Nöll*, Rückgewährpflicht der Einzugstelle bei insolvenzrechtlicher Anfechtung, ZInsO 2004, 492 ff.; *Obermüller*, Insolvenzrechtliche Wirkungen des Überweisungsgesetzes, ZInsO 1999, 690 ff.; *von Olshausen*, Die Insolvenzanfechtung einer Aufrechnungserklärung nach der InsO, KTS 2001, 45 ff.; *Paulus*, Aktuelle Probleme des Anfechtungsrechts nach der Insolvenzordnung, in: *C. Berger/Bähr/Naumann* und andere (Hrsg.), Erster Leipziger Insolvenzrechtstag, 2000, S. 89 ff.; *Paulus*, Erwerb durch Zwangsvollstreckung als kongruente Deckung?, ZInsO 2001, 241 ff.; *Persch*, Die Insolvenzanfechtung von Kontokorrentverrechnungen, 2008; *Peschke*, Die Insolvenz des Girokontoinhabers, 2005; *Raebel*, Die Rückschlagsperre im System der Vergütungshindernisse und Verfügungsbeschränkungen, ZInsO 2003, 1124 ff.; *Riggert*, Zur dogmatischen Entwicklung des insolvenzrechtlichen Bargeschäfts, in: Festschrift Braun, 2007, S. 139 ff.; *Rigol/Homann*, Die Anfechtbarkeit von Gutschriften auf einem debitorischen Girokonto, ZIP 2003, 15 ff.; *Schäfer*, Insolvenzanfechtung anhand von Rechtsprechungsbeispielen, 2008; *Smid*, Die Haftung des außergerichtlichen Sanierers, WM 2007, 1589 ff.;

Stapper/Jacobi, Die Insolvenzanfechtung der Verrechnung im Kontokorrent, BB 2007, 2017 ff.; *Stehle*, Die Auslandsvollstreckung – ein Mittel zur Flucht aus dem deutschen Insolvenzrecht, DZWIR 2008, 53 ff.; *Steinhoff*, Die insolvenzrechtlichen Probleme im Überweisungsverkehr, ZIP 2000, 1141 ff.; *Streit/Jordan*, Anfechtbarkeit von Kontokorrentverrechnungen und Sicherungs-Globalzession in der Insolvenz des Kontoinhabers, DZWIR 2004, 441 ff.; *Thole*, Die Anfechtbarkeit von Vollstreckungsmaßnahmen – de lege lata und de lege ferenda, DZWIR 2006, 191 ff.; *Ulrich*, Vertragsgestaltung in Hinblick auf die drohende Insolvenzanfechtung, 2009; *Zeller/Edelmann*, Insolvenzfestigkeit der Globalzession, BB 2007, 1461 ff.; *Zeuner*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl., 2007. Siehe auch die Hinweise oben vor Rn. 589 und unten vor Rn. 1005.

1. Krise des Schuldners

598 Die auf Insolvenzreife zusteuernde Entwicklung des Schuldners bezeichnet man als »Krise«. Die Krise reicht bis zur Eröffnung des Verfahrens, beginnt aber schon vor dem Antrag auf Eröffnung. Der Begriff ist dem Gesetz nicht mit einer allgemeingültigen Beschreibung bekannt. Die Legaldefinition für »Krise der Gesellschaft« in § 32a Abs. 1 GmbHG a.F. beschränkte sich auf die Frage nach einer Kapitalausstattung. Doch knüpft das Gesetz in mancherlei Hinsicht Folgen an die bevorstehende, sich aufbauende Insolvenz. Die Voraussetzungen sind von Vorschrift zu Vorschrift verschieden und verdünnen sich teilweise auf eine schlichte zeitliche Rückanknüpfung, ausgehend von der Eröffnung des Verfahrens. Nicht etwa wird einheitlich ein bestimmter Grad der Insolvenzgefahr definiert. Zu erwähnen sind neben den früheren Regeln über kapitalersetzende Geschäfte(§§ 32a, 32b GmbHG a.F.) beispielsweise die Regeln über den Insolvenzgrund drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), die Anfechtungsregeln (§§ 129 ff. InsO), die Rückschlagsperre für die Zwangsvollstreckung (§ 88 InsO), die Regelung zu Beseitigung oder Bestand eines Sozialplans (§ 124 InsO) und die Insolvenzstraftatbestände (§§ 283 ff. InsO). Der Gläubigerwettlauf wird mit Hilfe der Krisenregelungen nicht erst auf den Eröffnungszeitpunkt hin abgebrochen, sondern teilweise sogar wieder zurückentwickelt[21]. Machtlos zeigt die Insolvenzordnung sich gegenüber dem Unwesen der gewerbsmäßigen sogenannten Firmenbestattung[22]. Zwielichtige Vermittler beschaffen notleidenden Einzelunternehmern Nachfolger und notleidenden Gesellschaften neue Gesellschafter und Geschäftsführer – vorzugsweise Menschen, die nichts mehr zu verlieren haben oder alsbald verschwinden. Außerdem werden bis auf einzelne Belege von geringer Aussagekraft sämtliche Geschäftsunterlagen »entsorgt«. Die Vorschriften über Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB) schrecken nur unzureichend ab.

599 Die Krise bringt manchen Gläubiger in die Versuchung, noch rasch vom Schuldner wenigstens einen Teil der Erfüllung (freiwillig gewährt oder zwangsweise vollstreckt) einzuholen oder gar noch ein Geschäft neu abzuschließen und alsbald durchzuführen. Solche Veränderungen der Vermögenslage vor Inbeschlagnahme mit Verfahrenseröffnung (§ 80 Abs. 1 InsO), sozusagen »kurz vor Toresschluß«, beeinträchtigen das Insolvenzverfahren. Dem treten die Regeln über Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) und Abbruch der Einzelzwangsvollstreckung entgegen. Zahlungsflüsse auf dem Girokonto, Zwangsvollstreckung und sonstige Vermögensabflüsse sind Gegenstand der nachstehenden Abschnitte.

21 Vgl. zum Stopp des Befriedigungswettlaufes oben Rn. 23 f., 210 ff.
22 Beispiel: OLG Celle, Beschluß vom 5. September 2006 – 4 AR 60/06, ZInsO 2006, 1106 ff.

2. Kontobewegungen in letzter Minute

Ein nahezu bei jedem Konkurs auftretendes Anfechtungsproblem ergibt sich aus **Kontokorrentverhältnissen** (vgl. § 355 Abs. 1 HGB) mit dem Schuldner. In laufender Rechnung werden insbesondere **Girokonten** (auf Grundlage eines Zahlungsdiensterahmenvertrages gemäß § 675f Abs. 2 BGB) geführt. Hier ergibt sich eine nur schwer zu entwirrende Problematik aus dem Zusammenspiel von Kredit und Rechnungsführung. 600

Unbeschadet genauerer Tatbestandsprüfung leuchtet ein, daß Dritte eine Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO fürchten müssen, wenn ihnen die Bank des in der Krise befindlichen Kunden auf dessen Überweisungsauftrag oder dessen Scheckbegebung hin noch Geld übermittelt, so daß diese Dritten eine Leistung aus dem Schuldnervermögen erhalten. Es ist auch unmittelbar einzusehen, daß die Bank, welche dem Kunden noch in der Krise durch Barauszahlen, Ausführen von Überweisungen und Einlösen von Lastschriften oder Schecks ohne umgehenden Aufwendungsersatz (§§ 670, 675 Abs. 1, 675x BGB) Dispositionskredit (Kreditlinie, eingeräumte Überziehungsmöglichkeit; vgl. für Verbraucher § 504 BGB) oder, darüber hinausgehend, Überziehungskredit (geduldete Überziehung; vgl. für Verbraucher § 505 BGB) gewährt, sich damit in die Rolle eines Insolvenzgläubigers (§ 38 InsO) begibt. Verhältnismäßig leicht nachvollziehbar ist auch der Befund, daß der Zahlungsempfänger, wird er aus einer von der Bank nur geduldeten Überziehung und nicht mehr aus dem dem Schuldner zu Gebote stehenden Dispositionskredit befriedigt, den späteren Insolvenzgläubigern keinen Nachteil gemäß § 129 Abs. 1 InsO zufügt. Denn anders als auf die Gewährung des Dispositionskredites hat der Schuldner auf Gewährung von Überziehungskredit keinen Anspruch. Nur ein noch freier Dispositionskredit ist, wie Ansprüche auf Auszahlung sonstiger zugesagter Darlehen, pfändbar und potentielle Masse gemäß § 35 Abs. 1 InsO, nicht die Hoffnung auf Gewährung von Überziehungskredit. Geldempfang aus Überziehungskredit verkürzt deshalb nicht künftige Masse.[23] Nicht ohne weiteres erkennt man aber die der Bank bei Gutschriften von Zahlungseingängen auf dem Girokonto des Schuldners **drohende Gefahr der Anfechtbarkeit**[24]: 601

Problematisch ist die Gutschrift zwar nicht, wenn das Girokonto zuvor bereits ein Guthaben oder den Stand von null Euro aufweist. Problematisch ist die Gutschrift aber dann, wenn sie in ein **debitorisches Konto** trifft, wenn also die Gutschrift einen im Girokonto stehenden Kredit, ein Soll, abschmilzt. 602

Sollte der Dispositionskredit bereits gekündigt und deswegen schon zur Tilgung fällig sein oder sollte der Kunde sich in jederzeit fälliger Überziehung befinden, kann die Gutschrift auf den ersten Blick nie unberechtigte Leistung des Schuldners an die Bank, keine inkongruente Deckung gemäß § 131 InsO darstellen, sondern allenfalls eine kongruente, pflichtgemäße Deckung gemäß § 130 InsO[25]. Tatsächlich kann sogar bei Fälligkeit eines Tilgungsanspruchs 603

23 BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 – IX ZR 31/05, DZWIR 2007, 248, 249 f., mit Anm. *Zeuner*, DZWIR 2007, 250 ff.

24 Zum Folgenden: BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 – IX ZR 353/98, KTS 1999, 357 ff. = ZIP 1999, 665 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 4. September 2001 – 27 U 34/01, ZIP 2001, 1683; BGH, Urteil vom 7. März 2002 – IX ZR 223/01, NJW 2002, 1722 ff.; BGH, Urteil vom 1. Oktober 2002 – IX ZR 360/99, NJW 2003, 360 ff.; *Bork*, in: Festschrift Kirchhof, S. 57 ff.; *Dampf*, KTS 1998, 145 ff.; *Heublein*, ZIP 2000, 161 ff.; *Steinhoff*, ZIP 2000, 1141 ff.; *Heublein*, EWiR § 142 InsO 1/2001, 1065 f.; *Bruckhoff*, NJW 2002, 3304 ff.; *Rigol/Homann*, ZIP 2003, 15 ff.; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 129 InsO, Rn. 59 f.; § 130 InsO, Rn. 56 ff.; § 132 InsO, Rn. 11 ff.; § 142 InsO, Rn. 3 ff.

25 Allgemein zu den Anfechtungsfällen unten Rn. 625 ff.

Inkongruenz vorliegen. Denn wenn nicht insoweit eine vertragliche Bindung des Kunden bereits unanfechtbar erzeugt war, kann die Bank vom Kunden nicht fordern, daß er zu erwartende Gelder gerade auf das fragliche Konto eingehen läßt, damit die Befriedigungsmöglichkeit eines Verrechnungsvolumens entstehe[26].

604 In jedem Falle bereitet die Funktionsweise des **Kontokorrents** Verständnisschwierigkeiten: Solange das Kontokorrent (getrennt von dem Kredit zu betrachten) nicht gekündigt oder eine bereits ausgesprochene Kündigung noch nicht wirksam geworden ist, verliert jeder in der Beziehung entstehende Anspruch der Bank (auf Aufwendungsersatz oder auf Tilgung; auch umgekehrt der Anspruch des Kunden auf Barauszahlung oder Benutzung des Geldes für Überweisung, Scheckeinlösung, Lastschrifteinlösung) sogleich seine Selbständigkeit und geht in die periodische Saldierung des § 355 Abs. 1 HGB (besonders gekennzeichneter Kontoauszug) ein. Tagessalden (gewöhnliche Kontoauszüge) sind bloße Nachrichten. Lediglich für den Kunden begründet der Girokontovertrag einen Anspruch auf Bedienung schon aus dem Tagessaldo. Für die Bank ergibt erst der anerkannte Saldo (§ 781 BGB) eine eigenständige Forderung gegen ihren Kunden, welche dann eventuell der Schuldner im Sinne von § 130 InsO kongruent deckt. Und auch diese Ausgleichsforderung wird regelmäßig sogleich als Buchungsposten wieder in die nächste Rechnungsperiode eingestellt. Nur Kündigung des Kontokorrents löst dann den erreichten Saldo aus fortlaufender Rechnung und macht ihn selbständig erfüllbar.

605 Wer das beinahe sprichwörtliche Herabsinken jeder in das Kontokorrent einzustellenden Forderung zum bloßen Buchungsposten wörtlich nimmt, wird allein schon wegen der **Kontokorrentbindung** immer zur Einstufung von Gutschriften auf dem debitorischen Konto als inkongruente Deckung gelangen müssen. Entgegenzutreten ist dem mit dem Argument, daß die Kontokorrentbindung den Anspruch nicht hinwegnimmt, sondern lediglich seine Durchsetzung beeinträchtigt. Auch einen ins Kontokorrent eingehenden Anspruch kann der Schuldner erfüllen, nur ist die Erfüllungsleistung ihrerseits Buchungsposten. Auch zu einer ins Kontokorrent eingestellten Forderung kann der Schuldner Pflichtverletzung begehen. Nicht etwa schützt das Kontokorrent den Schuldner vor Schuldnerverzug und seinen Folgen, sondern es werden ihrerseits die Verzugszinsen und die Schadensersatzverpflichtungen im Kontokorrent gebucht. Kontokorrentbindung macht Erfüllung daher nicht notwendig inkongruent, sondern es bleibt für die Entscheidung zwischen § 130 InsO und § 131 InsO bei der Beurteilung des ins Kontokorrent eingestellten Anspruchs je für sich.

606 Trotz Überwindbarkeit der Kontokorrentbindung bleibt die Frage, was im nicht **gekündigten Kredit** geschieht. Die Bank hat, solange der Kunde die Kreditlinie genießt, keinen Rückführungsanspruch, wenn das im Tagessaldo oder schon im letzten Rechnungsabschluß ausgewiesene Soll sich innerhalb der dem Kunden (Schuldner) eingeräumten Kreditlinie befindet, das heißt der Dispositionskredit nicht überschritten ist. Nur Kündigung des Dispositionskredites ergäbe einen fälligen Rückzahlungsanspruch der Bank. Nimmt die Bank bei unbeendetem Dispositionskredit Gutschriften auf Schuldner-Girokonto vor, während der Tagessaldo im Soll liegt, so bedient die Bank sich mit dieser Verrechnung als eine künftige Insolvenzgläubigerin mit diesem Außenstand-Abbau inkongruent im Sinne von § 131 InsO. Denn die Bank hat – unabhängig von der oben bereits behandelten Frage der Kontokorrentbindung – noch keinen durchsetzbaren Anspruch auf Abbau des Solls. Anfechtung ist nicht etwa mit dem Gedanken auszuschließen, daß doch eine dem Kontokorrent sehr ähnliche Aufrechnung gemäß § 94 InsO sogar noch nach der Verfahrenseröffnung möglich sei. Denn es ist umgekehrt so, daß die Aufrechterhaltung der Aufrechnungslage hinter eine Anfechtbarkeit eben der Gewinnung dieser Aufrechnungslage zurücktritt (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO)[27]. Dabei muß man bedenken, daß das Aufrechnungsverbot aus § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO über den zu eng gefaßten Wortlaut hinaus nicht nur eine Aufrechnung nach Konkurseröffnung entkräftet, sondern auch eine Aufrechnung davor[28].

607 Die Bank müßte vielmehr alle eingehenden Zahlungen als Gutschriften auf einem separatem Konto buchen und so für alle Insolvenzgläubiger vorrätig halten, also nicht nur für sie selbst als Kreditgläubigerin, sondern auch für die übrigen. Das Hauptkonto bliebe auf dem bei Beginn

26 Hervorgehoben von *Bork*, in: Festschrift Kirchhof, S. 57, 62; *Peschke*, S. 186 ff.
27 *Heublein*, ZIP 2000, 161, 163 f.
28 Siehe BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 – IX ZR 120/04, ZIP 2007, 1467, 1468, m.w.N.

der Anfechtungsfrist (Berechnung: §§ 139 f. InsO) erreichten Sollstand stehen. Die Wirkung wäre ähnlich wie beim Einfrieren des Tagessaldos zugunsten eines Vollstreckungsgläubigers, der den kommenden Abschlußsaldo pfänden läßt (§ 356 HGB). Dem Leser ist anheimgestellt, einen Rat auf die Frage zu finden, wie denn die Bank rechtzeitig den Beginn des Fristenlaufes zu bemerken vermöge. Die Feststellung des Fristbeginns wird dadurch noch erschwert, daß Gutschriften nicht sofort endgültig sind[29], sondern eine zeitlang unter dem Vorbehalt der Prüfung des Zahlungsflusses im Girosystem stehen oder – im Falle einer Lastschrifteinlösung zugunsten des Schuldnerkontos – unter dem Vorbehalt des Rückrufes durch den Belasteten (Rückabwicklung über das Girosystem nach dem Lastschriftabkommen[30], ausgelöst durch Widerspruch des Belasteten bei seiner Hausbank).

608 Nur eine **teilweise Entschärfung der Anfechtungsgefahr** bietet § 142 InsO[31]. Nach dieser Vorschrift sind die für die Summe des Vermögens (masseunschädlichen, neutralen) Geschäfte (Bargeschäfte) unanfechtbar. Hierunter fällt zum Beispiel die Hereinnahme einer Bareinzahlung durch den Schuldner oder die Gutschrift eines von dritter Seite herrührenden Betrages, wenn die Bank den Betrag als vorweggenommenen Aufwendungsersatz (§§ 670, 675 Abs. 1 BGB) sogleich für eine Überweisung an einen Gläubiger verwenden soll.[32] Je großzügiger man – zum Nachteil der Gläubigerschaft – mit § 142 InsO umgeht, desto geringer wird das Anfechtungsrisiko für die Bank. Solche Großzügigkeit kann in Annahme genügenden zeitlichen Zusammenhanges unter Verzicht auf ein Erfordernis exakt spiegelbildlicher Beträge von Zufluß und Abfluß bestehen.

609 Allerdings ergibt dies eine unklare Vermischung der Frage, ob **Kongruenz** (§ 130 InsO statt § 131 InsO) vorliegt, mit der Frage, ob ein Bargeschäft vorliegt. Denn letztlich prüfen Rechtsprechung und Literatur in den Girokontofällen Kongruenz nach denselben oder nahezu denselben Kriterien wie die Eigenschaft eines Vermögensabflusses als Bargeschäft[33]: Gibt es eine Korrespondenz von Abfluß und Zufluß durch Ausrichtung auf gegenläufige Ansprüche? Den in dieser Identifikation des einzelnen Anspruchs scheinbar liegenden Widerspruch zur Bündelung aller Ansprüche durch das Kontokorrent würde man ebenso wie innerhalb der Kreditbeziehung mit der oben betonten restlichen Eigenständigkeit von Buchungsposten[34] überwinden. Im Gegenteil erleichtert die Klammer des Kontokorrents die Feststellung eines inneren Zusammenhanges von Zufluß und Abfluß. Innerer, und nicht nur zeitlicher, Zusammenhang ist für die Annahme eines Bargeschäfts unumgänglich[35]. Der Gleichlauf in den Fragen nach Bargeschäft und Kongruenz erklärt sich zum Teil aus der Grundannahme, daß es bei Inkongruenz keinen Schutz vor Anfechtung unter dem Aspekt eines Bargeschäfts gibt[36].

610 Meiner Ansicht nach muß die Frage nach Kongruenz oder Inkongruenz des Geldeingangs vor Kündigung der Kreditlinie anders gelöst werden: Wenngleich die Bank unter bestehendem Kredit keinen fälligen Tilgungsanspruch hat, so ist doch – spätestens nach Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB – der den Girovertrag ergänzenden Kreditabsprache zu entnehmen, daß eingehende Gelder das Soll mildern. Der Vertrag zwischen Bankkunde und Bank hat in aller Regel nicht zum Inhalt, daß eine Kreditlinie immer so weit wie möglich ausgeschöpft bleiben soll und

29 Das heben die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und der Sparkassen eigens hervor. Davon sind auch die Empfänger der vom Schuldnerkonto aus bewegten Gelder betroffen. Mögen sie auf ihrem Girokonto vielleicht noch vor Beginn der Anfechtungsfrist die Gutschrift erhalten haben, so bleibt noch zu fragen, ob deren Endgültigkeit in kritischer Zeit eintrat. Dazu *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 130 InsO Rn. 56.

30 Siehe auch Rn. 627. Das Lastschriftabkommen findet man in Textausgaben zum Bankrecht und in Kommentaren zum Handelsgesetzbuch.

31 Allgemein näher unten Rn. 654 ff.

32 Belastungsbuchungen zugunsten eigener Forderungen der Bank sind davon ausgenommen. Nur die Abbuchung für Fremdgläubiger erkennt BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 47/05, NZI 2008, 551, 553, als neutrale Umschichtung nach § 142 InsO an.

33 Ausdrücklich setzt BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – IX ZR 2/01, DZWIR 2004, 466, 467, Bargeschäft und Kongruenz gleich.

34 Siehe zuvor Rn. 604.

35 Betont auch von *Bork*, in: Festschrift Kirchhof, S. 57, 68.

36 Siehe unten Rn. 659.

Geldeingänge ein separates Guthaben bilden. Sonst hätten die Beteiligten ein zweites Konto eingerichtet. Der eingehende Betrag nimmt deswegen auch an der Kontokorrentbuchung in dem einen einzigen Konto teil. Wenn sich also sozusagen zufällig ein verrechenbarer Betrag ergibt, der Schuldner den Zahlungseingang nicht verhindert, dann ist die Verrechnung kongruent, weil sie vorzunehmen bereits in der Vereinbarung über die Kreditlinie zum Girovertrag angelegt ist.[37]

611 Kongruente Deckung erzielt die Bank auch dann, wenn das Konto ein Guthaben aufweist und nun die Bank als Aufwendungsersatz (§§ 670, 675 Abs. 1 BGB) wegen Ausführung einer Überweisung eine belastende Buchung einstellt. Denn solange das Konto ein Guthaben aufweist, ist der sich in der Belastung niederschlagende Anspruch der Bank nicht durch Kreditvereinbarung überlagert, wird also nicht vorzeitig (inkongruent) erfüllt.

3. Zwangsvollstreckung in letzter Minute

a) Vorschau auf künftige Stellung als Insolvenzgläubiger

612 Der Gläubiger eines persönlichen vermögenswerten Anspruchs muß schon in der Krise den Blick auf eine künftige Rolle als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) richten. Ihm wird die Einzelzwangsvollstreckung verschlossen sein (§ 89 Abs. 1 InsO). Sogar schon während des Eröffnungsverfahrens kann das Insolvenzgericht seinen Zugriff auf Mobiliarvermögen anhalten oder sogar unterbinden (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO). Den Zugriff auf Immobilien kann das Vollstreckungsgericht (§ 1 ZVG) immerhin anhalten (§ 30d Abs. 4 ZVG betreffend Zwangsversteigerung von Immobilien; ohne Regelung die Zwangsverwaltung von Immobilien[38]). Das wird, sobald er eine Krise des Schuldners ahnt, den potentiellen Insolvenzgläubiger zu raschem Fortschreiten durch die Einzelzwangsvollstreckung veranlassen – soweit er über einen Vollstreckungstitel verfügt oder noch einen solchen zu erlangen vermag.

613 Die eilige Erlösbildung beschleunigt den Zusammenbruch des Schuldners und stellt die übrigen Gläubiger um so schlechter. Und auch dann, wenn Erlös nicht mehr erzielt wird, ist es für die übrigen Gläubiger schädlich, wenn einer von ihnen seinen Zugriff immerhin bis zu einem Pfändungspfandrecht (§ 804 ZPO) treibt. Dieser Beschlag ist als sogenannte Sicherungsvollstreckung in § 720a ZPO sogar erleichtert. Ab Beschlagnahme ist der Gläubiger nicht mehr schlichter Insolvenzgläubiger. Er hat ein Absonderungsrecht (§ 50 Abs. 1 InsO), was das frei verteilbare Erlösvolumen schmälert. Die Aussicht auf Bevorzugung läßt dem Gläubiger das Eilverfahren als besonders attraktiv erscheinen. Mit einem Arrest (§§ 916 ff. ZPO) gelangt er sehr rasch zur Pfändung (§ 930 Abs. 1 ZPO).

b) Rückschlagsperre

614 Die einmonatige Rückschlagsperre nach § 88 InsO indessen vereitelt allzu knapp vor dem Eröffnungsantrag geschehenen Zugriff und sorgt für Gleichstellung. Die in der

37 Ebendies hält BGH, Urteil vom 7. Mai 2009 – IX ZR 140/08, NJW 2009, 2307, für nicht genügend.

38 Trotz des engen Wortlautes von § 30d ZVG ist nach Meinung einiger nicht nur Zwangsversteigerung, sondern auch Zwangsverwaltung betroffen (siehe Nachweise bei *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 21 InsO, Rn. 32, selbst verneinend). Es wird sogar vertreten, daß nach Intention des § 30d ZVG Zugriff auf Immobilie ganz ausschließbar sei und vorläufiger Verwalter sogar eine schon eingetragene Zwangshypothek wieder löschen lassen kann (so *Mönning*, in: *Nerlich/Römermann*, § 21 InsO, Rn. 146).

Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung (namentlich das Pfändungspfandrecht nach § 804 Abs. 1 ZPO; das Befriedigungsrecht in der Zwangsversteigerung nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG) verliert ihre Kraft ohne weiteres. Die Sicherheit ist gegenüber jedermann absolut wirkungslos[39]. Die mit der Beschlagnahme eingetretene Verstrickung muß allerdings noch gelöst werden[40]. Auf Wissen des Gläubigers um die Krise kommt es für die Rückschlagsperre nicht an. Die Fristberechnung ergibt sich – versteckt – aus § 139 InsO. Bei Kleininsolvenzverfahren ist die Sperrfrist auf das Dreifache verlängert (§ 312 Abs. 1 Satz 3 InsO) – was für den Darlehensgeber eine Risikoerhöhung bedeutet und den Kredit des Verbrauchers verteuert. Der Sinn der Verlängerung besteht darin, vorgerichtlichen Bemühungen um Schuldenbereinigung einen Entfaltungszeitraum zu verschaffen. Einvernehmliche Regelung innerhalb weniger Wochen ist nicht wahrscheinlich, so daß ein Gläubiger die gewöhnliche Frist der Rückschlagsperre kaum fürchten müßte, wenn er, angeregt gerade durch den Schuldenbereinigungsversuch, rasch die Zwangsvollstreckung veranlaßte. Die Rückschlagsperre kann Schadensersatzpflicht eines Anwalts auslösen, der seinen Mandanten in die Zwangsvollstreckung begleitete und nicht genügend vor etwaigem Verlust des Zugriffs warnte[41].

In die Pfändung von Arbeitsentgelt (§ 829 ZPO) greift die Verfahrenseröffnung noch tiefer ein. Wenn sie wegen höheren Alters von der Rückschlagsperre nicht erfaßt wird, wirkt sie doch nicht wie üblich, sondern verliert kurz nach Verfahrenseröffnung für die Zukunft ihre Kraft (§ 114 Abs. 3 InsO). 615

Die Rückschlagsperre nimmt nur noch nicht abgeschlossenen Zwangsvollstreckungen die Kraft. Hatte der Vollstreckungsgläubiger den Erlös bereits vor Eröffnung empfangen, so kommt die Rückschlagsperre zu spät. Außerdem ist für die Fristbestimmung der erste Gewinn einer Sicherung maßgeblich, nicht eine spätere Änderung der Sicherung. Beispielsweise entscheidet der Zeitpunkt der Pfändung nach § 808 Abs. 1 ZPO und nicht der Zeitpunkt, zu dem der Gerichtsvollzieher den Versteigerungserlös gemäß § 819 ZPO empfängt, so daß sich hieran das Pfändungspfandrecht des Vollstreckungsgläubigers bis zur Auskehr fortsetzt. 616

c) Anfechtung

Ist die Zwangsvollstreckung bereits über Sicherung des Gläubigers hinausgegangen, hat er also schon Befriedigung erhalten, kommt die Rückschlagsperre zu spät. Doch bleibt es unbenommen, einen ausgezahlten Erlös im Wege der Anfechtung zur Masse zurückzuholen. Auch einen schon länger zurückliegenden Beschlag, den die Rückschlagsperre nicht mehr zu beseitigen vermag, kann Anfechtung zugunsten der Insolvenzgläubiger noch zerstören. Die **Anfechtungsregeln sind von der Rückschlagsperre unabhängig**. Sie treten auch neben die Vorschrift zur Begrenzung einer Gehaltsabtretung (§ 114 Abs. 3 InsO[42]).[43] Sowohl die in der Krise erzielte Befriedigung als auch die bloße Sicherung kann sich später wegen Anfechtbarkeit (§§ 129 ff. InsO) als wertlos herausstellen. Das Gesetz stellt ausdrücklich freiwilliges Gewähren mit Zwangsvollstreckung gleich (§ 141 InsO). Unter den (unten noch generell auszu- 617

39 BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – IX ZR 232/04, NJW 2006, 1286 f.

40 *Wittkowski*, in: *Nerlich/Römermann*, § 88 InsO, Rn. 12.

41 Vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2000 – IX ZR 198/99, ZIP 2000, 1584 ff., betreffend Wertlosigkeit der Sicherungsvollstreckung bei Eröffnung der Gesamtvollstreckung.

42 Siehe oben Rn. 615.

43 BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 87/07, NJW-RR 2008, 1441, 1442.

breitenden[44]) Anfechtungsfällen hat, nicht leicht verständlich, die sogenannte inkongruente Deckung, die vorzeitige oder inhaltlich abweichende Sicherung oder Befriedigung gemäß § 131 InsO eine besondere Bedeutung für die Zwangsvollstreckung:

618 Wenn der Gläubiger durch gewöhnliche Mobiliarvollstreckung ein Pfändungspfandrecht (§ 804 ZPO) oder durch gewöhnliche Immobiliarvollstreckung ein Befriedigungsrecht (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG; § 146 Abs. 1 ZVG) erlangt oder wenn ihm Erlös ausgeschüttet wird, soll das nach ganz herrschender Meinung inkongruente Deckung sein, weil er keinen Anspruch auf Sicherung oder Befriedigung gerade durch Zwangsvollstreckung habe[45]. Nur wo ein Sicherungsvertrag einen Sicherungsanspruch begründet und dann auch die Verwertung der Sicherheit trägt, kann danach Zugriff kongruente Deckung (§ 130 InsO) darstellen. Gleichgültig ist für diese Einschätzung, daß Verträge über eine Zwangsvollstreckung überflüssig sind, weil der Staat jedem Gläubiger ohne weiteres die Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellt. Dem ist nach hier vertretener Ansicht nicht zu folgen. Ein Gläubiger hat immer Anspruch auf Sicherung und Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung. Dies ergibt sich notwendig aus dem Verbot der Selbsthilfe. Jeder Schuld wohnt von vornherein inne, notfalls durch Zwangsvollstreckung erfüllt zu werden. Und noch geringer beizupflichten ist der ebenso herrschenden Meinung, eine für sich genommen pflichtgemäße Leistung sei dann inkongruent, wenn sie dazu diene, die Zwangsvollstreckung abzuwenden[46]. Die Inkongruenz einer hypothetischen Zwangsvollstreckung soll die kongruente Leistung infizieren. Um so weniger ist diese Ausstrahlung verständlich, als der Schuldner die vollstreckungsabwendende Leistung möglicherweise aus pfändungsfreiem Vermögen erbringt, auf dessen Beschlagnahme die Insolvenzgläubiger wegen § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO ohnehin nicht hoffen dürfen. Auch der Einschätzung einer Leistung, mit der der Schuldner den mit Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens drohenden Gläubigers besänftigt, als inkongruent[47] ist nicht zuzustimmen. Sehr zu befürworten ist die immerhin betreffend denkbare Zwangsvollstreckung vorgenommene Einschränkung, daß freiwillige Leistung auf eine titulierte Forderung dann nicht inkongruent ist, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung bislang weder einleitete noch androhte[48].

d) Zwangsvollstreckung im Ausland

619 In eine auswärtige Zwangsvollstreckung kurz vor Eröffnung des deutschen Hauptinsolvenzverfahrens kann die Rückschlagsperre aus § 88 InsO trotz Herrschaft des deutschen Insolvenzrechts über die Auswirkung auf individuelle Rechtsverfolgung (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe f EuInsVO) nicht eingreifen. Nachträglicher Eingriff in fremde Hoheit ist von der europäischen Verordnung nicht gedeckt. Nur Fortgang des ausländischen Vollstreckungsverfahrens und Verhinderung neuer Maßnahmen bestimmt das deutsche Insolvenzrecht.[49]

44 Siehe unten Rn. 625 ff.

45 Siehe *de Bra*, in: *Braun*, § 131 InsO, Rn. 25; *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 131 InsO, Rn. 20; *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 131 InsO, Rn. 26. Jeweils m.w.N.

46 LG Frankfurt am Main, Beschluß vom 22. Oktober 1999 – 2-19 O 448/99, InVo 2000, 20 ff.; OLG Jena, Urteil vom 23. August 2000, 2 U 92/00, ZIP 2000, 1734 f., mit Anmerkung *Eckhardt*, EWiR § 131 InsO 1/2001, S. 83 f.; OLG München, Urteil vom 25. Juli 2001 – 7 U 3576/00, ZIP 2001, 1924 ff. (betreffend parallele Problematik unter Konkursordnung); OLG München, Urteil vom 2. August 2002 – 21 U 5950/01, ZIP 2003, 131 f., betreffend Vollstreckung durch Vollziehungsbeamten der Finanzverwaltung; BGH, Urteil vom 11. April 2002 – IX ZR 211/01, NJW 2002, 2568 ff.; *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 131 InsO, Rn. 26; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 131 InsO, Rn. 43 ff.; *Paulus*, ZInsO 2001, 241 ff. Kritisch *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 131 InsO, Rn. 20.

47 BGH, Urteil vom 18. Dezember 2003 – IX ZR 199/02, ZIP 2004, 319, 320 f.

48 BGH, Urteil vom 7. Dezember 2006 – IX ZR 157/05, NJW 2007, 848 f.

49 Daher die Empfehlung an Gläubiger von *Stehle*, Die Auslandsvollstreckung – ein Mittel zur Flucht aus dem deutschen Insolvenzrecht, DZWIR 2008, 53 ff.

4. Sonstige Leistungen und Vermögensabflüsse

a) Anfechtbarkeit im Sinne der Insolvenzordnung

Nicht nur Kontobewegungen[50] und Zwangsvollstreckung[51], sondern ganz allgemein Vermögensverschiebungen in letzter Minute versuchen die Anfechtungsregeln zugunsten der Insolvenzgläubiger zu begegnen. **Anfechtung** bedeutet **Rückholen zur Masse** (§ 143 InsO), damit der fragliche Gegenstand für Nutzung und Versilberung zur Verfügung steht. Ähnliches bewirkt bei der Einzelzwangsvollstreckung die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz; sie zieht aber den Gegenstand nicht ganz zurück, sondern zwingt den Empfänger lediglich dazu, die Vollstreckung zu dulden und nicht gemäß § 771 ZPO zu intervenieren. Auch mit der Vernichtung eines Rechtsgeschäfts wegen Irrtums, Zwangs oder Täuschung gemäß §§ 119 ff., 142 ff. BGB darf man die insolvenzrechtliche Anfechtung nicht verwechseln, ferner nicht mit dem Angriff gegen Beschlüsse der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft (§§ 243 ff. AktG) und mit der Ausübung von Rechtsbehelfen. 620

Die von der insolvenzrechtlichen Anfechtung zu unterscheidenden Anfechtungen können freilich je nach den Umständen ebenfalls die kurz vor dem Konkurs eintretenden Vermögensschmälerungen korrigieren. Überhaupt wird der Verwalter nach Eröffnung jede noch nicht verstrichene Gelegenheit zur Masseanreicherung nach den Regeln des materiellen Rechts zu nutzen haben. Namentlich kommen in Betracht Rücktritt, Kündigung, Minderung, Widerspruch oder Widerruf oder Rückgabe nach Verbraucherrecht, Widerspruch gegen Lastschriftbuchungen im Girokonto, Vindikation und Kondiktion. 621

b) Gläubigerschädliche Rechtshandlungen vor Eröffnung

Angefochten werden gemäß § 129 Abs. 1 InsO gläubigerschädliche Rechtshandlungen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Die Anfechtung vor allem ist gemeint, wenn in der Literatur von Masseanreicherung die Rede ist. Etwas vereinfacht gesagt, geht es um **Durchbrechung von Vermögensverschiebungen**. Tun und Unterlassen des Schuldners oder eines Gläubigers oder eines Dritten (insbesondere eines Stellvertreters) sind betroffen (§ 129 Abs. 2 InsO). Tun ist vor allem die Erfüllung, selbst wenn sie mittels Zwangsvollstreckung erzwingbar gewesen wäre (§ 141 InsO). Tun ist aber auch schon die Herstellung einer Verpflichtung; Tun ist das Einräumen einer Sicherheit, zum Beispiel durch Forderungsabtretung (§ 398 BGB), durch Einbringen von Maschinen in gemietete Werkräume (§§ 562 Abs. 1 Satz 1, 578 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB) oder durch Verbringen von Ware in ein sicherungsübereignetes Lager; Tun ist die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Geschäfts. Unterlassen sind beispielsweise die widerspruchslose Hinnahme einer Lastschrift-Buchung auf dem Girokonto, die Duldung einer Markenrechtsverletzung, das Schweigen auf einen Vollstreckungsbescheid oder auf einen Zahlungen festsetzenden Verwaltungsakt, das Verstreichenlassen einer Widerrufsfrist oder der Verjährungsfrist, das Versäumen unverzüglicher Rüge eines Mangels nach § 377 Abs. 1 HGB, das Nichtnutzen eines Kündigungstermins, das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, das Stehenlassen eines Rechtsscheins. 622

Anfechtbar sind auch die **Abflüsse** zwischen Eröffnungsantrag und Eröffnung. Doch macht man, um einen Wertungswiderspruch zu vermeiden, eine Ausnahme für dieje- 623

50 Zuvor Rn. 600 ff.
51 Zuvor zu Rn. 612 ff.

nigen Abflüsse, welche ein sogenannter »starker«[52] vorläufiger Verwalter (§§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 Fall 1, 22 Abs. 1 InsO) veranlaßt. Denn die von ihm begründeten oder durch Fortsetzung bekräftigten Schulden sind als Masseschulden privilegiert (§ 55 Abs. 2 InsO). Dazu würde es nicht wohl passen, wenn das aus der Hand des Verwalters Empfangene oder der noch unerfüllte Anspruch wieder aufzugeben wäre[53]. Für vorläufige Verwalter mit geringerer Machtfülle (»halbstarke«, »schwache«) gilt diese Argumentation allerdings nicht. Rechtshandlungen, an denen sie mitwirkten, sind anfechtbar[54]. Der Gedanke der Treuwidrigkeit steht angesichts der gewichtigen Befriedigungsinteressen der Insolvenzgläubiger nicht entgegen. Außerdem sind ohne Wertungswiderspruch diejenigen Leistungen aus der Hand des »starken« vorläufigen Verwalters anfechtbar, die, wenn nicht erfüllt, Insolvenzforderung würden[55]. Dabei handelt es sich um Schulden, die der »starke« vorläufige Verwalter weder begründete noch erneuerte. Doch kann Anfechtung, wenn sie nicht grundsätzlich ausscheidet, immer noch aus besonderer Vertrauensbegründung zu verneinen sein – wobei der Identität von vorläufigem und endgültigem Verwalter kein großes Gewicht zukommt[56]. Von der Frage nach Anfechtung vorläufiger Verwaltertätigkeit zu unterscheiden ist die Ausdehnung der Anfechtung (§ 147 InsO) auf Verfügungen des Schuldners nach Eröffnung, die trotz Verlusts der Verfügungsgewalt (§ 80 Abs. 1 InsO) kraft guten Glaubens wirken (§ 81 InsO).

624 Auch Gegenstände, die der Schuldner von vornherein nur **vorübergehend** innehaben soll, sind nach Abfluß gemäß den Anfechtungsregeln rückholbar[57]. Beispielsweise kann die Weiterveräußerung von Handelsgut anfechtbar sein. Wie lange der zwischenzeitliche Erwerb anhielt, ist grundsätzlich unerheblich. Auch im nur eine logische Sekunde ausmachenden Durchgangserwerb kann ein Objekt gewissermaßen steckenbleiben, das heißt seine Weiterreichung anfechtbar sein; das betrifft die antizipierte Weiterübertragung ebenso wie den in einem einzigen Augenblick eine ganze Lieferkette entlangfahrenden Geheißerwerb. Sogar treuhänderische Bindung des Schuldners schließt Anfechtbarkeit der Abgabe nicht durchweg aus. So ist die im Wege der Einkaufskommission (§ 383 Abs. 1 Fall 1 HGB) erlangte Ware in der Insolvenz des Kommissionärs mit Anfechtung verfolgbar. Eine Ausnahme muß man aber für Gegenstände machen, die der Schuldner bereits als Treugut empfing. Denn solche Gegenstände würden, hätte der Schuldner sie noch in der Hand, ohnehin nicht zur Masse zählen[58].

52 Siehe zur Einteilung der vorläufigen Verwalter unten Rn. 698 ff.

53 Umstritten. Siehe *Kirchhof*, ZInsO 2000, 297 ff.; *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 422; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 22 InsO, Rn. 239. Für Anfechtbarkeit der Erfüllungshandlung des »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters OLG Dresden, Urteil vom 29. Januar 2004 – 13 U 2163/03, OLG-Report KG Berlin usw., 2005, 564 f.

54 Beispiel: BAG, Urteil vom 27. Oktober 2004 – 10 AZR 123/04, NJW 2005, 1389, 1390, betreffend vorläufigen Verwalter, der gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 InsO zustimmt.

55 AG Bielefeld, Urteil vom 5. Januar 2005 – 15 C 779/04, DZWIR 2005, 167, 168.

56 BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 – IX ZR 108/04, DZWIR 2005, 151, 152 f.

57 Vgl. zum früheren AnfG BGH, Urteil vom 18. Mai 2000 – IX ZR 119/99, KTS 2000, 428 ff., mit Anm. *Paulus*, EWiR § 1 AnfG a.F. 1/2000, S. 947 f. Der Zwischenempfänger war kein Treuhänder.

58 Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 47 InsO, Rn. 31 ff.

c) Anfechtungsfälle

Die im Gesetz beschriebenen Anfechtungsfälle (§§ 130 bis 137 InsO) haben in unterschiedlichen Zusammensetzungen objektive und subjektive Merkmale. 625

aa) Rechtshandlungen

Stets geht es um eine Rechtshandlung des Schuldners. Die gemäß § 129 Abs. 2 InsO das Erleiden einschließende Weite des Begriffs wurde schon erwähnt[59]. Sie erklärt sich aus dem Blick auf das im Vermögen des Schuldners eingetretene Ergebnis einer Vermögensminderung im weitesten Sinne. Zu den Verminderungen zählen grundsätzlich auch solche Vorfälle, in denen eine Leistung als Erfüllung eine gleichwertige Pflicht zum Erlöschen brachte (§ 362 Abs. 1 BGB) und so im Saldo keine Veränderung eingetreten zu sein scheint (vgl. §§ 130 f. InsO). Denn das Interesse der übrigen Gläubiger an gleichmäßiger Bedienung ist damit noch nicht bedacht. Erst recht sind Leistungen ohne Verpflichtungsgrundlage anfechtungsgefährdet (§ 131 InsO). Manchmal kann zweifelhaft sein, wer der Leistungsempfänger und potentielle Anfechtungsgegner ist. Wenn beispielsweise der Bürge den Gläubiger befriedigt, so ist in der Insolvenz des Bürgen der Gläubiger als Leistungsempfänger anzusehen, weil die Bürgenschuld ihm gegenüber eine eigenständige Verpflichtung bedeutet hatte, welche aus Sicht des Gläubigers Insolvenzforderung nach § 38 InsO geworden wäre.[60] 626

Andererseits erschöpft sich das Anwendungsfeld der Anfechtungsregeln nicht in den Fällen einer regelrechten Leistung auf Schuld, einer unregelmäßigen Leistung auf Schuld oder einer Leistung ohne Schuld. Auch die Besserung der Befriedigungsaussicht kann anfechtbar sein (vgl. wiederum §§ 130 f. InsO). Hierzu sind beispielsweise eine schon geschuldete oder eine spontane Sicherungsübereignung sowie ein Schuldanerkenntnis innerhalb (vgl. § 307 ZPO) oder außerhalb eines Prozesses zu zählen. Hierzu zählt des weiteren die Erzeugung eines Anspruchs in Schuldnerhand, insofern sie dem Drittschuldner Gelegenheit zur Aufrechnung (§ 387 BGB) wegen einer zugleich in seiner Hand ruhenden Forderung gegen den Schuldner gibt oder geben wird (vgl. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Hierbei muß nicht notwendig das ganze Geschäft, dem der neue Anspruch entspringt, angefochten werden[61] oder immerhin anfechtbar sein; im Gegenteil kann das weitere Geschäft sogar für sich genommen ein der Masse ausgesprochen günstiges sein[62]. Sollte der Gläubiger noch vor der Eröffnung die anfechtbar erlangte Gelegenheit nutzen und die Aufrechnung erklären (oder eine Verrechnung im Kontokorrent vornehmen), so scheitert dies in weitgefaßtem Verständnis des (nach der systematischen Stellung nur die Aufrechnungserklärung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens treffenden) Aufrechnungsverbotes in § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO[63]. Die durch die Aufrechnung vor Eröffnung scheinbar erloschenen Forderungen bestehen für die Durchführung des Insolvenzverfahrens fort.[64] Und schließlich ist auch die bloße Schaffung einer Forderung, welche in Konkurrenz mit

59 Zuvor Rn. 622.

60 BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 59/07, NJW 2008, 3780 f.

61 Beispiel: BGH, Urteil vom 9. Oktober 2003 – IX ZR 28/03, DZWIR 2004, 78 f. Siehe auch *Barnert*, Anm. zu BGH, Urteil vom 1. April 2004 – IX ZR 305/00, KTS 2005, 89, 93.

62 Vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – IX ZR 270/03, DZWIR 2005, 121 ff.; dazu *Becker*, DZWIR 2005, 221 ff.

63 BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 – IX ZR 120/04, ZIP 2007, 1467, 1468, m.w.N. Siehe wegen Gleichbehandlung von Aufrechnung und Verrechnung auch unten Rn. 1170.

64 BGH, Urteil vom 28. September 2006 – IX ZR 136/05, ZIP 2006, 2178, 2180 f.

den übrigen Insolvenzforderungen treten wird, unter Umständen anfechtbar (wenngleich nicht gemäß §§ 130 f. InsO). Zu erkennen ist die Einbeziehung von Verpflichtungen in den Kreis anfechtbarer Rechtshandlungen beispielsweise an der Vorschrift über die Wahrung eines Zurückbehaltungsrechts trotz Verjährung des Anfechtungsanspruchs in § 146 Abs. 2 InsO.

bb) Zeitpunkt

627 Immer spielt der Zeitpunkt der anzufechtenden Handlung eine Rolle. Die Berechnung regeln §§ 139 f. InsO. § 139 InsO beschreibt die Rückrechnung vom Eröffnungsantrag. § 140 Abs. 1 InsO legt den Zeitpunkt der Rechtshandlung auf ihr Wirksamwerden fest. Das bereitet manche Schwierigkeit. Ist etwa im Falle einer Lastschrift das Geld schon mit deren Erteilung als geflossen anzusehen oder erst bei Gutschrift oder erst bei gelungener Abbuchung oder erst nach Verstreichen sechswöchiger Widerspruchsfrist oder gar nie, weil auch jenseits der Sechswochenfrist nach dem Lastschriftabkommen der Belastete zumindest im Verhältnis zu seiner Bank immer noch widersprechen kann[65]? Bei **mehraktigen Geschäften** fragt sich, ob § 140 Abs. 1 InsO verlangt, daß alle Teile eines Vorganges bereits vor dem kritischen Zeitpunkt abgeschlossen sein müssen, wenn er unanfechtbar sein soll. Diese Frage ist zu verneinen. Ausdrücklich lassen § 140 Abs. 2 InsO die konstitutiv wirkende und schon beantragte Eintragung in ein Register und § 140 Abs. 3 InsO die Verwirklichung einer Bedingung (§ 158 BGB) oder den Ablauf einer Frist außer Betracht.

628 Daraus kann man verallgemeinernd den Gedanken ableiten, daß eine Rechtshandlung dann bereits vorgenommen ist, wenn der Schuldner mit seinem Tun oder Unterlassen die Entwicklung dergestalt in Gang setzte, daß die Wirkung später ohne sein weiteres Zutun eintreten kann[66]. Deswegen kommt es beispielsweise bei einer Sicherungsabtretung nicht darauf an, ob die zedierte Forderung noch vor dem maßgeblichen Zeitpunkt fällig wurde. Wohl hingegen kommt es darauf an, ob der Schuldner die zedierte Forderung noch vor dem Zeitpunkt überhaupt begründete[67]. Bei Dauerschuldverhältnissen, die lange vor der Grenze zum Anfechtungszeitraum eingegangen wurden, kann immerhin Nichtnutzen einer in der kritischen Zeit vorhandenen Gelegenheit zu ordentlicher Kündigung, also zum Abschütteln der Last für die Zukunft, Anfechtbarkeit hinsichtlich der nach dem versäumten Auslauftermin liegenden Teile des Geschäfts auslösen. Die Lastschrift wirkt, sobald Gutschrift beim Empfängerkonto und Abbuchung beim Konto des Zahlenden gelungen sind.

cc) Nachteil für die Insolvenzgläubiger

629 Stets muß den Insolvenzgläubigern ein Nachteil erwachsen. Das ist in § 129 Abs. 1 InsO allgemein vorausgeschickt[68] und gilt deswegen auch in denjenigen Anfechtungstatbeständen, die die Benachteiligung nicht eigens noch einmal hervorheben. Die In-

65 Vgl. oben Rn. 606 f. und unten Rn. 901, 1080. Die unbefristete Widerspruchsmöglichkeit in BGH, Urteil vom 6. Juni 2000 – XI ZR 258/99, NJW 2000, 2667 f., mit Anm. *Becker*, DStR 2000, 1966 f. Der im Innenverhältnis unbefristeten Widerspruchsmöglichkeit wirkt Gestaltung des Girokontovertrages entgegen, wonach die Abbuchung als genehmigt gilt, wenn der Bankkunde nicht innerhalb von sechs Wochen nach Zugang des Rechnungsabschlusses widerspricht; siehe BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – XI ZR 283/07, DZWIR 2009, 67, 69 f.

66 *Riggert*, in: *Braun*, § 140 InsO, Rn. 4.

67 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 140 InsO, Rn. 6. Vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 19. August 1998 – 12 U 2082/98, DZWIR 1999, 37 f., mit Anm. *Becker*, DZWIR 1999, 38 f., betreffend Konkurs.

68 Siehe oben Rn. 622.

solvenzgläubiger sind benachteiligt, wenn die verwertbare Masse sich schmälert. Sie sind aber auch dann benachteiligt, wenn zwar der Wert in der Summe unverändert ist, aber die Liquidierung schwieriger wird, das Risiko eines Wertverfalls sich erhöht oder der Ertrag sinkt. Läßt das Geschäft sich teilen, beschränkt sich die Anfechtung auf einen Abschnitt, wenn der Rest den Insolvenzgläubigern keine Nachteile bietet[69]. Eine derartige Teilbarkeit des Geschäfts ergibt sich aber nicht schon ohne weiteres aus Teilbarkeit einer Leistung; ein zu teurer Einkauf ist insgesamt nachteilig, nicht nur wegen des überschießenden Kaufpreisanteils.

Nachteil entsteht der Masse aber nicht schon dann, wenn ein Sicherungsnehmer seine Sicherheit noch vor Eröffnung realisiert, indem er beispielsweise die Sicherungszession dem Drittschuldner offenlegt und die Forderung einzieht. Zwar wird der Gläubiger nun bei Eröffnung kein Absonderungsberechtigter mehr, weil die Sicherheit bereits verbraucht ist, und der Masse entgehen daher die Kostenbeiträge nach §§ 170 Abs. 1, 171 InsO[70]. Dafür bleibt der Masse aber auch die Last der Feststellung und der Verwertung erspart. §§ 170, 171 InsO dienen nicht der Masseanreicherung an sich, sondern der pauschalierten Neutralisierung wirklichen Aufwandes. Daß auch die Feststellung erledigter Forderungen notwendig sein kann und Mühe macht, gleichviel ob ein Absonderungsrecht besteht oder nicht, steht auf einem anderen Blatt. Der Gesetzgeber hat dafür nun aber keinen Ausgleich vorgesehen, weswegen man ihn auch nicht auf dem Umweg des Anfechtungsrechts erzeugen darf. Unbenommen bleibt selbstverständlich etwaige Anfechtbarkeit des Sicherungsgeschäftes selbst. 630

Ebenfalls keinen Nachteil erleidet die Masse, wenn eine lebzeitige Vermögensübertragung unter Verwandten (üblicher notarieller Praxis entsprechend) für den Fall der Insolvenz des Empfängers auflösbar gestaltet ist und der Zuwendende das Lösungsrecht ausübt.[71] Der fragliche Vermögensgegenstand ist als gar nicht dem Schuldner zum ungehinderten Zugriff seiner Gläubiger zugeflossen anzusehen.

dd) Konkursreife

Nur in einigen Fällen muß der Schuldner bereits konkursreif sein. Oft genügt eine mehr oder minder große zeitliche Nähe zur Insolvenz. 631

ee) Kenntnis

Kenntnis desjenigen, dem die Gläubigerbenachteiligung nützte, von der wirtschaftlichen Verfassung oder von der nachteiligen Wirkung oder von den Umständen, die auf Insolvenz oder Benachteiligung schließen lassen, ist bald notwendig, bald nicht. Derartige Kenntnis können auch Medienberichte vermitteln[72]. Je höher die subjektiven Anforderungen liegen, desto weiter greift die Anfechtung in die Vergangenheit zurück. Von der Frage, wie weit die Anfechtung zurückgreift, ist die Frage zu unterscheiden, wie lange nach Eröffnung Anfechtung ausgeübt werden kann; darauf gibt die Verjährungsregelung des § 146 InsO Antwort. Ihrerseits von den Regelungen zu Rückrechnung und Verjährungsfrist zu unterscheiden sind die Vorschriften des § 147 InsO über Anfechtbarkeit gewisser noch nach Eröffnung geschehender Vermögensabflüsse[73]. 632

69 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 129 InsO, Rn. 72 ff.

70 Deswegen Anfechtbarkeit annehmend LG Marburg, Urteil vom 28. November 2001 – 2 O 205/01, DStR 2002, 2091, mit Anm. *Gundlach/Frenzel*, DStR 2002, 2091 f.

71 BGH, Beschluß vom 13. März 2008 – IX ZB 39/05, NZI 2008, 428, 429.

72 BGH, Urteil vom 19. Juli 2001 – IX ZR 36/99, NZI 2001, 585.

73 Siehe bereits oben zu Rn. 623.

ff) Konkurrenz der Anfechtungstatbestände

633 Wenn ihre jeweiligen Merkmale erfüllt sind, können mehrere Anfechtungstatbestände nebeneinander eingreifen. Insbesondere stellen die Regeln über kongruente und inkongruente Deckung (§§ 130 f. InsO) keine gegenüber den anderen Vorschriften abgeschlossene Sondertatbestände dar[74]. Nicht alle Tatbestände sind allerdings miteinander zu vereinbaren: eine Erfüllung zu gewähren ist entweder verpflichtungsgemäß (kongruent nach § 130 Abs. 1 InsO) oder überobligationsmäßig (inkongruent nach § 131 Abs. 1 InsO), nie beides zugleich[75]. Im Ergebnis gleichgültig ist, ob man die kongruente und die inkongruente Deckung als exklusiv in §§ 130 und 131 InsO geregelt ansieht[76] oder ob man sie zusätzlich auch unter § 132 InsO faßt.

gg) Nahestehende Personen

634 Dem Schuldner nahestehenden Personen (§ 138 InsO) bringt der Gesetzgeber grundsätzlich ein gewisses Mißtrauen entgegen. Der Gesetzgeber geht hierbei schematisch vor. Die Nähe wird unabhängig von den Umständen aus familiärer Verbindung, aus Organschaft, aus Beteiligung oder ähnlicher Verbindung mit zu unterstellender Einsicht in die Geschicke des Schuldners abgeleitet. Nahestehende müssen eher Anfechtung gewärtigen als Fremde, indem Beweislast auf sie abgewälzt oder Tatbestände vereinfacht werden (in §§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 Satz 2, 132 Abs. 3, 133 Abs. 2 Satz 1 InsO). Seine Arbeitnehmer zählt das Gesetz nicht zu den dem insolventen Schuldner Nahestehenden. Einblicke in die Liquiditätslage des Unternehmens werden einem Arbeitnehmer nicht unterstellt, und zwar auch dann nicht, wenn er Lohn im Wissen empfängt, daß auch seine Kollegen noch auf rückständigen Lohn warten.[77]

hh) Kongruente Deckung

635 Auf den ersten Blick macht erstaunen, daß schon die pflichtgemäße, kongruente Erfüllung oder Sicherung (eigentlich auch eine Erfüllung, nämlich einer Verpflichtung zur Besicherung[78]) anfechtbar sein kann. § 130 InsO sieht das sowohl dann vor, wenn Befriedigung oder Sicherung bewirkt wurde, als auch dann, wenn die Handlung dies lediglich ermöglichte. Gewähren von Befriedigung ist insbesondere Erfüllung oder Erfüllungssurrogat (z.B. durch Zahlung oder Hingabe an Erfüllungs Statt), Gewähren der Sicherung ist namentlich Bestellung einer Sachsicherheit aus dem Schuldnervermögen. Gewähren ist auch das Verursachen eines gesetzlichen Pfandrechts – beispielsweise gemäß § 562 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der spätere Gemeinschuldner seine Sachen in Mieträume einbringt[79], was dem Vermieter in den Grenzen von § 562 Abs. 2 BGB auch wegen künftiger Forderungen sogleich ein Pfandrecht erzeugt[80]. Ermöglichen von Sicherung oder Befriedigung ist Stärkung der Aussicht auf Sicherung oder auf Befriedigung (z.B. durch Anerkennung einer Schuld oder einer Besicherungspflicht; durch Unterwerfen unter eine Vollstreckungsklausel in einer notariellen Beurkundung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Da in einem weiten Sinne

74 *Kirchhof*, in: MünchKomm, vor §§ 129 bis 147 InsO, Rn. 94.

75 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 129 InsO, Rn. 90. Anders unter Berufung auf den Wortlaut von § 130 InsO *de Bra*, in: *Braun*, § 130 InsO, Rn. 10, wonach inkongruente Deckung gemäß § 131 InsO nur ein Sonderfall innerhalb aller Deckungen des § 130 InsO darstelle; dazu paßt allerdings nicht die amtliche Überschrift des § 130 InsO.

76 So *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 129 InsO, Rn. 90; § 132 InsO, Rn. 4.

77 BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 – IX ZR 62/08, NJW 2009, 1202 ff.

78 Siehe *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 130 InsO, Rn. 20.

79 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 130 InsO, Rn. 12.

80 Siehe BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – IX ZR 102/03, NJW 2007, 1588, 1589.

jegliche Stärkung der Befriedigungsaussicht Sicherung ist, kann man jede Gewährung von Sicherheit auch unter Ermöglichen von Befriedigung fassen. Nicht unter Ermöglichen (aber eventuell unter andere Anfechtungstatbestände) fällt die Erzeugung der Schuld überhaupt oder der bloßen Pflicht zur Besicherung. Bestellte der spätere Schuldner eine in zukünftigen Erwerb reichende Sicherheit (insbesondere Globalzession oder Globalsicherungsübereignung) noch vor einer anfechtungsrelevanten Zeit, so ist zwar die Bestellung als Ganzes nicht angreifbar. Wenn jedoch ein Sicherungsobjekt zu einem anfechtungsrelevanten Zeitpunkt in die Globalsicherheit nachrückt (die vorausabgetretene Forderung entsteht; das Warenlager wird aufgefüllt), so empfängt der Gläubiger in diesem Stück eine gemäß § 130 InsO anfechtbare kongruente Deckung seines Besicherungsanspruchs.[81] Dasselbe gilt, wenn erst in kritischer Zeit eine vorauszedierte Forderung werthaltig wird: Der nahe seiner Insolvenz stehende Zedent erbringt dem Drittschuldner seine Gegenleistung.[82] Hier ist sowohl der Zessionar Anfechtungsgegner als auch der die Gegenleistung Empfangende.[83]

Die Anfechtbarkeit kongruenter Deckung erklärt sich aus der Konkursreife und aus der Kenntnis des Begünstigten von der schwierigen Situation des Schuldners oder (bei Nähe zum Schuldner) aus der Vermutung solcher Kenntnis (§ 130 Abs. 3 InsO). § 130 InsO – und auch die anschließend[84] zu besprechende Regelung zur inkongruenten Deckung in § 131 InsO – verlagert die Gleichmäßigkeit der Gläubigerbefriedigung ähnlich wie die Rückschlagsperre nach § 88 InsO in die Zeit vor der Verfahrenseröffnung zurück. Die Vorschrift erzwingt solidarische Zurückhaltung schon beim Zusammenbruch und nicht erst in dessen verfahrensmäßiger Bewältigung. Allerdings kommt als objektives und deswegen auch subjektives Merkmal für die Anfechtung von allen Eröffnungsgründen (§ 16 InsO) nur die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in Betracht. Weder Drohen der Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) noch Überschuldung (§ 19 InsO) liefert eine Anknüpfung. 636

Die etwaige Anfechtbarkeit kongruenter Leistung hebt die Leistungspflicht nicht auf. 637

Erwägenswert ist immerhin ein Leistungsverweigerungsrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Doch wird man bezweifeln müssen, daß der Schuldner zugunsten der übrigen Gläubiger den einen Gläubiger hintanstellen darf. Es ist vielmehr Sache des Gläubigers, seinen Drang nach Befriedigung zu zügeln. Ergänzend sollte man annehmen, daß er nicht in Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) gerät. Umgekehrt aber ist dem Gläubiger nach § 242 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht wegen seiner etwaigen Gegenleistungspflicht zuzubilligen, wenn er mit seinem Anspruch zurücksteht. Ihm ist nicht zuzumuten, wegen der ihm noch geschuldeten Leistung oder wegen Rückgewähr seiner Gegenleistung (§ 144 InsO) sehenden Auges in den wenig beneidenswerten Status eines Insolvenzgläubigers zu geraten.[85] 638

Bemerkenswert ist, daß als kongruente Deckung sogar eine Abgabenzahlung anfechtbar ist, deren Zurückhaltung sanktionsbewehrt ist[86]. Dies betrifft namentlich die vom Arbeitgeber abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge. Ihre Vorenthaltung ist gemäß § 266a Abs. 1 StGB 639

81 Siehe BGH, Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 30/07, NJW 2008, 430, 431 ff., betreffend Globalzession.

82 BGH, NJW 2008, 430, 434; BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 144/05 KTS 2009, 104, 105 ff., mit Anm. *Stamm*, KTS 2009, 108 ff.

83 BGH, Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 165/05, ZIP 2008, 372, 373.

84 Nachstehend Rn. 640 ff.

85 Näher zur Frage von Leistungsverweigerungsrechten bei nahender Insolvenz *Ulrich*, Vertragsgestaltung in Hinblick auf die drohende Insolvenzanfechtung, S. 61 ff.

86 BGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 – IX ZR 17/01, DZWIR 2002, 119, 120 f.; BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 – IX ZR 39/03, NJW 2004, 1444, 1446 f., m.w.N.

strafbar. Betroffen ist auch die Lohnsteuer. Sie entgegen § 41a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht abzuführen ist immerhin eine Ordnungswidrigkeit (§ 380 Abs. 1 AO).

ii) Inkongruente Deckung

640 Bei inkongruenter, nicht oder zumindest nach Art und Zeit nicht so wie geschehen geschuldeter, Deckung (§ 131 InsO) versteht sich die Anfechtbarkeit leichter. Wenn eine aufschiebende Bedingung noch nicht eintrat, die Forderung noch nicht fällig[87] oder bereits verjährt oder eine Sicherheit gar nicht versprochen ist, **weicht eine Bedienung oder Besicherung vom Normalverlauf** ab und beeinträchtigt erst recht das bevorstehende Verfahren gleichmäßiger Gläubigerbedienung. Die Krise muß teilweise festgestellt werden (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO), teilweise genügt die bloße zeitliche Nähe zur Eröffnung (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Eine Kenntnis des Empfängers ist nur in einem Teil der Fälle vonnöten (§ 131 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 InsO). Über die verbreitete Einschätzung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und sogar der Leistung zur Abwendung der Vollstreckung als inkongruent wurde oben schon berichtet[88]. Nicht zuzustimmen ist der Rechtsprechung[89], soweit sie bei einer antizipierten Globalzession zwar richtig den Erwerb der künftigen Forderungen erst mit ihrem Entstehen annimmt, diesen Erwerb aber für inkongruent hält, weil das der Vorausabtretung zugrundeliegende Sicherungsversprechen die vorausabgetretene Forderung nicht genügend bestimme, so daß eine Zessionspflicht des späteren Gemeinschuldners fehle.

641 Die **vorzeitige** oder **sonst abweichende Leistung** ist unter Umständen nicht insgesamt, sondern nur hinsichtlich ihres Vorgriffs als inkongruent anfechtbar. Wenn nämlich die nicht oder nicht zu der Zeit oder nicht in der Weise, wie erfüllt, geschuldete Leistung sich noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens so entwickelt hätte, wie sie beglichen wurde, tritt hinsichtlich der Leistung selbst die Regelung über Anfechtung wegen inkongruenter Deckung (§ 131 InsO) zugunsten der Regelung über Anfechtung wegen kongruenter Deckung (§ 130 InsO) zurück. Dies bedeutet vor allem, daß nicht eine verfrühte Zahlung im Ganzen, sondern nur die Zwischenzinsen wegen Inkongruenz zu erstatten sind[90]. Mit anderen Worten werden lediglich die dem Anfechtungsgegner gerade aus dem Vorgriff erwachsenen, dem Schuldnervermögen und damit der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung entgehenden Vorteile als inkongruent zur Masse zurückgeholt. Wenn hingegen die Schuld sich bis zur Eröffnung nicht mehr der vorgreiflichen Leistung entsprechend entwickelt hätte, unterliegt die Leistung im Ganzen der Anfechtung wegen Inkongruenz. Insbesondere muß der Anfechtungsgegner die ganze vor Fälligkeit empfangene Leistung zur Masse erstatten, wenn das Insolvenzverfahren ebenfalls noch vor Fälligkeit eröffnet wurde. Denn bei ordentlichem Zuwarten bis zur Fälligkeit hätte der Empfänger sich als Insolvenzgläubiger einreihen müssen. Mit dem vorzeitigen Empfang zog er, die Gleichmäßigkeit der Befriedigung störend, Erlöspotential nicht nur zur Zwischenverzinsung, sondern dem Wert der gesamten Leistung nach an sich. Dasselbe gilt, wenn das Insolvenzgericht vor Fälligkeit im Eröffnungsverfahren Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21 f.

87 Beispielsweise sieht BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 – IX ZR 152/03, ZIP 2005, 1243, 1244 f., Überweisungen, die mehr als fünf Bankgeschäftstage vor Fälligkeit beim Gläubiger eingehen, als inkongruent an.

88 Oben zu Rn. 617 f.

89 Zum Beispiel OLG Karlsruhe, Urteil vom 8. April 2005 – 14 U 200/03, WM 2005, 1762, 1763 f., m.w.N.

90 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 131 InsO, Rn. 13.

InsO trifft, die den (tatsächlich schon geschehenen) Abfluß aus der Masse unterbunden hätten[91].

Die Gewährung einer Sicherheit ist inkongruent, wenn der Sicherungsgeber die Verpflichtung hierzu nicht schon mit Begründung der zu besichernden Forderung einging. Das ist etwa der Fall, wenn ein um Stundung gebetener Gläubiger nachträglich neue Sicherheit verlangt und erhält. Wenn dagegen die Hauptschuld (z.B. eine Darlehensschuld gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) von vornherein in Verbindung mit der Pflicht zur Gestellung von Sicherheit (z.B. zur Bestellung eines Grundpfandrechts) begründet ist, also zu sichernder Vertrag und Sicherungsvertrag in Abhängigkeit voneinander entstehen, dann ist die daraufhin absprachegemäß erzeugte Sicherheit kongruente Deckung in regelrechter Erfüllung des Sicherungsvertrages. 642

Eine Kongruenz schaffende Verpflichtungsgrundlage ist nicht schon ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, namentlich der Banken und Sparkassen, unspezifiziert vorgesehenes Recht, jederzeit Sicherheit oder Verstärkung von Sicherheit anfordern zu können[92]. Erst die Verständigung auf eine bestimmte Sicherheit ist Maßstab für Kongruenz. Dabei kann es vorkommen, daß die so erzeugte Verpflichtung ihrerseits anfechtbar ist. 643

Nahm die Bank in guten Zeiten eine sogenannte revolvierende Sicherheit, das heißt, ließ sie sich wechselnde Bestände zur Sicherheit übertragen, so kann der Eingang neuer Objekte in den Bestand eine inkongruente Sicherung bedeuten. Es kommt darauf an, ob der Sicherungsvertrag – ausdrücklich oder durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln – dem Sicherungsgeber auferlegte, stets einen gewissen Umfang des Bestandes aufrechtzuerhalten. Versprach der Sicherungsgeber zum Beispiel, das sicherungsübereignete Warenlager mit seinem gegenwärtigen und seinem künftigen Inhalt stets nach Abgängen bis zu einem Mindestgesamtwert aufzufüllen oder die zur Sicherheit abgetretenen gegenwärtigen und künftigen Forderungen immer auf einem gewissen Gesamtvolumen zu halten, so muß er bei Unterschreiten dafür sorgen, daß durch Einlagern neuer Ware beziehungsweise durch Abschluß neuer Geschäfte (und je nach Umschreibung der Sicherungszession auch durch Zuordnung zur Globalzession mittels Auflistung oder sonstiger Kennzeichnung) der Sicherheitenbestand wieder sein gehöriges Niveau erlangt. Solches Auffüllen der Sicherheit ist kongruente Deckung. Ist das notwendige Niveau jedoch noch nicht unterschritten oder bereits wieder erreicht oder ist Aufrechterhalten des Niveaus nicht versprochen, so sind Neuzugänge inkongruente Deckung. Kongruente, im Sicherungsvertrag begründete, Deckung erfährt die mit Sicherungsabtretung wegen ihrer Darlehensansprüche gesicherte Bank, wenn der Drittschuldner an den Zedenten (und Darlehensnehmer) zahlt und der Zedent das Geld an die Bank weiterreicht oder der Drittschuldner die Zahlung direkt auf ein bei der kreditgebenden Bank geführtes Girokonto des Zedenten entrichtet. Die Gläubiger haben davon keinen Nachteil. Hier geschieht lediglich ein Austausch der Sicherheit; an Stelle der zedierten Forderung hat die Bank nach den üblicherweise verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Pfandrecht an dem gegen sie selbst gerichteten Guthabensanspruch des Sicherungsgebers und Darlehensnehmers. Dieser Vorgang ist unanfechtbar (insbesondere greift nicht § 130 InsO ein). Wenn jedoch die kreditgebende Bank den Zahlungszufluß im Darlehenskonto gutschreibt, ist das inkongruente Deckung, solange der Sicherungsfall noch nicht eintrat.[93] Trat er schon ein (das Darlehen war schon zur Tilgung fällig), so ist die Gutschrift im Darlehenskonto oder in einem ihm dienenden Verrechnungskonto kongruente Deckung, welche die anderen Gläubiger in ihren Befriedigungshoffnungen benachteiligt.[94] 644

Eine kongruente Ergänzung des Sicherheitenbestandes kann sogar nach § 130 Abs. 1 Satz 2 InsO ganz von der Anfechtbarkeit ausgenommen sein. Diese an das Merkmal »Finanzsicher- 645

91 Wegen ihrer vollen Höhe benachteiligende, als verfrüht inkongruente Zahlung bei BGH, ZIP 2005, 1243, 1244 f.

92 *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 130 InsO, Rn. 54, § 131 InsO, Rn. 39.

93 BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – IX ZR 154/03, DZWIR 2006, 373, 374 f.

94 BGH, Urteil vom 6. April 2006 – IX ZR 185/04, DZWIR 2006, 380, 381 f., mit Anm. *Bräuer*, DZWIR 2006, 382 ff.

heit« in § 1 Abs. 17 KWG anknüpfende, von der europäischen Finanzsicherheitenrichtlinie[95] ausgelöste, Ausnahme betrifft typischerweise das Kreditgeschäft der Banken und Sparkassen. Sie tragen mithin ein geringeres Anfechtungsrisiko als andere Gläubiger (so wie auch sonst die Kreditwirtschaft im Insolvenzrecht dem Grundsatz der Gleichbehandlung[96] zuwider bevorzugt wird).

646 Die nach den Anfechtungstatbeständen notwendige Kenntnis des Sicherungsnehmers von der Krise ist nicht auf den Zeitpunkt der antizipierten Sicherungsübereignung oder der Vorausabtretung festzustellen, sondern auf den Zeitpunkt des Zuflusses in den Sicherheitenbestand. Bei der antizipierten Sicherungszession ist das dann meist der Zeitpunkt, in dem der Sicherungsgeber die im voraus zedierte Forderung begründet[97]. Beim übereigneten Warenlager handelt es sich jeweils um den Zeitpunkt des Wareneingangs.

647 Bei der **Unterscheidung** zwischen **kongruenter und inkongruenter Sicherung** gemäß § 130 InsO oder § 131 InsO muß man darauf achten, ob **Hauptschuldner und Sicherungsgeber identisch** sind. Denn §§ 130 f. InsO fragen nach einer Sicherheit, die ein Insolvenzgläubiger gewann. Es geht mithin um Masseverkürzung zugunsten eines Empfängers, dem der Schuldner zugleich persönlich haftet. Hatte der Schuldner fremde Schuld besichert, so kommen §§ 130 f. InsO nicht wegen des Merkmales Sicherung, sondern wegen des Merkmales Befriedigung in Frage, nämlich wegen Erfüllung des Sicherungsversprechens. Die Kongruenz oder Inkongruenz der Sicherheitgewährung bemißt sich nun nicht nach der besicherten Forderung, sondern nach der Schuld aus dem Sicherungsvertrag allein. Die Verpflichtung zur Besicherung fremder Schuld kann ihrerseits, da prinzipiell die Gläubiger des Sicherungsgebers benachteiligend, nach anderen Anfechtungstatbeständen angreifbar sein.

jj) Unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte

648 Nicht jede Rechtshandlung, sondern nur Rechtsgeschäfte des Schuldners erklärt § 132 Abs. 1 InsO für anfechtbar. Doch setzt § 132 Abs. 2 InsO eine Reihe von Rechtshandlungen gleich. Die Vorschriften des § 132 InsO über sogenannte unmittelbar benachteiligende Rechthandlungen knüpft insgesamt an Kenntnis an. Sie betreffen nicht allein Befriedigung oder Sicherung; diese Gläubigerbenachteiligungen beheben bereits §§ 130, 131 InsO. Vielmehr ist auch und gerade das bloße Begründen einer Verpflichtung kurz vor dem Insolvenzverfahren nach § 132 InsO anfechtbar. Geschäfte mit Nahestehenden werden mangels einer Entlastung sogar den vorsätzlichen Benachteiligungen gleichgestellt (§ 133 Abs. 2 InsO).

kk) Unentgeltliche Leistungen

649 Der Empfänger von Schenkungen und anderen unentgeltlichen Zuwendungen hat die zweitlängste Zeit der Ungewißheit (§ 134 InsO). Hierunter fällt unter anderem die Begünstigung aus einem Lebensversicherungsvertrag, die der Schuldner als Versicherungsnehmer einem Dritten verschaffte, indem er ihn gegenüber dem Versicherer als Bezugsberechtigten benannte (§ 159 VVG)[98]. Auch eine Ausstattung nach § 1624 BGB kann als unentgeltliche Leistung anfechtbar sein[99], nicht hingegen die vom Gesetz verlangte Unterhaltsgewährung. Gewährung von Kreditsicherheit für eigene Schuld fällt wegen des Bezuges zur Hauptschuld (wenn diese nicht ihrerseits einem unentgeltlichem Geschäft entspringt) nicht unter Unentgeltlichkeit im Sinne von § 134 InsO[100]. Auch wenn die in § 134 InsO behandelten unentgeltlichen Leistungen einen weiteren Begriff bilden als die in § 516 Abs. 1 BGB als Schenkung bezeichneten Zuwendungen, bei denen ein Vermögensgegenstand unentgeltlich die Zugehörigkeit wechselt, ist doch nicht jede Gewährung ohne Gegenleistung potentiell nach § 134 InsO anfechtbar. So zögert die Recht-

95 Siehe oben Rn. 67.
96 Oben Rn. 210 ff.
97 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 130 InsO, Rn. 47.
98 Beispiel: BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 252/01, NJW 2004, 214 ff.
99 LG Tübingen, Urteil vom 24. Mai 2005 – 1 O 2/05, ZInsO 2005, 781, 782 f.
100 BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – IX ZR 183/03, NZI 2004, 623 f.

sprechung zu Recht damit, ein zinsloses Darlehen unter nahen Angehörigen im insolvenzrechtlichen Sinne als unentgeltliche Leistung einzustufen. Freilich wird man nicht die Rückzahlung als Gegenleistung anführen und schon damit die Anfechtbarkeit nach § 134 InsO verneinen können[101]. Denn damit überginge man, daß auch die Nutzung des Darlehensbetrages zwischen Aufnahme und Rückerstattung von Wert ist. Auch Überlassung von Sachen zum Gebrauch ist eine Leistung, die sich als unentgeltlich im Sinne von § 134 InsO darstellen kann[102]. Aber man muß alle Begleitumstände würdigen. Die auf den ersten Blick kostenlose Nutzungsmöglichkeit etwa von Geld, Wohnraum oder Kraftfahrzeugen kann, namentlich unter nahen Angehörigen, aber auch in anderen Konstellationen, in die verschiedensten Abhängigkeiten und Erwartungen eingebunden sein, so daß man letztlich keinen unentgeltlichen Zufluß annehmen darf. Insbesondere Begünstigungen von Arbeitnehmern durch ihre Dienstgeber werden regelmäßig im untrennbaren Zusammenhang mit dem Dienstvertrag (§ 611 BGB) zu sehen sein und an dessen Entgeltlichkeit teilhaben.

ll) Vorsätzliche Benachteiligung

Am tiefsten, nämlich zehn Jahre zurück in die Vergangenheit greift zum einen die Anfechtung wegen Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners und Kenntnis des Empfängers gemäß § 133 Abs. 1 InsO. Geradezu eine Absicht zur Benachteiligung verlangt das Gesetz nicht. Als starkes Beweisanzeichen für seinen Benachteiligungsvorsatz ist es anzusehen, wenn der Schuldner im Wissen seiner Zahlungsunfähigkeit handelt[103]. Das Merkmal der Kenntnis auf seiten des Empfängers[104] ist nicht so zu verstehen, das böswilliges Zusammenwirken des Empfängers mit dem Schuldner vonnöten sei[105]. 650

mm) Gesellschaftergeschäfte (ehemals: kapitalersetzende Rechtshandlungen)

Zum anderen steht die Sicherung oder Tilgung von Gesellschafterdarlehen (abgesehen von ihrer Nachrangigkeit nach § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, Abs. 5 InsO) unter zehnjährigem Vorbehalt der Anfechtung (§ 135 Abs. 1 InsO mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 Abs. 4, Abs. 5 InsO). Im selben Zeitraum ist die Befriedigung eines dritten Darlehensgebers oder eines Gläubigers in darlehensähnlichem Geschäft anfechtbar, wenn ein Gesellschafter Sicherung gab (§ 135 Abs. 2 InsO). Ergänzend gelten Erschwernisse für die Aussonderung (§ 47 InsO) von Gegenständen, die ein Gesellschafter dem Schuldner zur Benutzung überließ (§ 135 Abs. 3 InsO).[106] Außerdem muß der Gesellschafter, welcher einem dritten Darlehensgeber Sicherheit gab, damit rechnen, von diesem vorzugsweise in Anspruch genommen zu werden; denn der Darlehensgeber nimmt (ähnlich einem Absonderungsgläubiger nach § 52 InsO) nur wegen eines Ausfalls am Konkurs teil (§ 44a InsO). 651

Diese Regelungen ersetzen (ohne allerdings an eine Krise der Gesellschaft anzuknüpfen[107]) ältere Vorschriften über zehnjährige Anfechtbarkeit von Sicherung oder Tilgung eines kapitalersetzenden Darlehens oder einer anderen Forderung aus kapitalersetzendem Geschäft (siehe §§ 32a Abs. 1, Abs. 3 GmbHG a.F., 129a[108], 172a HGB a.F. mit § 135 InsO a.F.). Dieser Vorbehalt trat ebenfalls neben die Rückstufung der noch offenen Ansprüche in der Insolvenz der Gesellschaft auf einen Nachrang (§§ 32a Abs. 1, Abs. 2 GmbHG a.F., 129a, 172a HGB a.F.; dazu §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 a.F., 174 Abs. 3 InsO). Vielen komplizierten Konstruktionen bei Gründung, Umbau oder Erwerb eines Unternehmens konnte sich dies als Fallstrick erweisen. Bei Geschäften kapitalersetzenden Charakters mit Dritten, zu denen der Gesellschafter als Sicherungsgeber auftrat (§§ 32a Abs. 2, Abs. 3 GmbHG a.F., 129a, 172a HGB a.F.), sorgte § 32b GmbHG a.F.

101 So aber OLG Rostock, Urteil vom 2. April 2007 – 3 U 162/06, ZInsO 2007, 713, 714 f.

102 *Kreft*, in: HeidKomm, § 134 InsO, Rn. 6.

103 BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 – IX ZR 272/02, NJW 2003, 3560, 3561.

104 Nach BGH, NJW 2003, 3560, 3561, genügt Kenntnis von den Umständen, aus denen sich Drohen der Zahlungsunfähigkeit ergibt, um die Kenntnisvermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO auszulösen.

105 BGH, NJW 2003, 3560, 3561.

106 Siehe unten Rn. 975, 994.

107 Vgl. unten Rn. 1259 wegen zurückhaltender Handhabung unter Rückbesinnen auf die älteren Regelungen zum Kapitalersatz.

108 Analog auf Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne haftende natürliche Person anzuwenden. Siehe BGH, Urteil vom 29. Januar 2009 – II ZR 213/07, ZInsO 2009, 530 ff.

für eine anfechtungsähnliche Korrektur, falls der Dritte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen empfing.

Überdies konnte und kann auch das fragliche Geschäft (der Darlehensvertrag), das heißt die Anspruchsbegründung (der Tilgungs- und Verzinsungsanspruch nach § 488 Abs. 1 BGB) selbst nach einem der übrigen Tatbestände anfechtbar sein, namentlich nach § 132 oder § 133 InsO. Die völlige Anspruchsbeseitigung kommt dann den mit dem Gesellschafter auf einer Stufe stehenden sonstigen nachrangigen Insolvenzgläubigern zugute.

652 Hingegen unterliegt Rückgewähr der Einlage eines stillen Gesellschafters (§ 230 Abs. 1 HGB) nur dann der Anfechtungsgefahr, wenn innerhalb eines Jahres auf Eröffnung angetragen wird (§ 136 Abs. 1 InsO).

nn) Anfechtung gegen Nachfolger

653 Gesamtrechtsnachfolger von Empfängern müssen wie der Empfänger mit Anfechtung rechnen (§ 145 Abs. 1 InsO). Einzelnachfolger trifft die Anfechtung unter gewissen Umständen (§ 145 Abs. 2 InsO; in Nr. 3 ähnlich dem § 822 BGB).

d) Unanfechtbares Bargeschäft

654 Sind schon gemäß § 129 InsO nur die für Insolvenzgläubiger nachteiligen Geschäfte anfechtbar, so wird in § 142 InsO der Kreis der zu durchbrechenden Geschäfte nochmals um die sogenannten Bargeschäfte reduziert. Wo »unmittelbar«, das heißt zeitnah[109] eine gleichwertige Gegenleistung den Abfluß kompensiert, das Schuldnervermögen nur eine Umschichtung erfährt[110], kommt allenfalls Anfechtung wegen Benachteiligungsvorsatzes nach § 133 Abs. 1 InsO[111] in Frage. § 142 InsO verhindert, daß der in die Krise geratene Schuldner abrupt von jeglichem Geschäftsverkehr abgeschnitten wird und damit zwangsläufig in Konkurs fällt. § 142 InsO gewährt ihm die Chance, weiter zu wirtschaften und sich so wieder zu fangen.

655 In vielen Fällen wird es nach einem Leistungsaustausch schon an einer Benachteiligung fehlen, wenn, wie von § 142 InsO vorausgesetzt, in **der Summe die Masse unverändert** ist. Die Beurteilung als gläubigerschädlich nach § 129 Abs. 1 InsO oder nicht gläubigerschädlich knüpft ebenfalls an die zeitliche Nähe und an das Ersetzen eines Vermögenswertes durch einen anderen an.[112] Immerhin würde ohne § 142 InsO zur Anfechtung als ein Nachteil bei strenger Auslegung von § 129 Abs. 1 InsO bereits führen können, daß der Außenstehende in den Genuß der vollen Leistung gelangte und gerade der ihm zugeflossene Wert nicht mehr der Verteilung an alle Gläubiger zur Verfügung steht, daß also der fragliche Gläubiger sein Insolvenzrisiko auf die übrigen Gläubiger abwälzte, anstatt sich im Insolvenzverfahren wie alle anderen mit einer Quote aus dem Gesamterlös zufriedenzugeben. Anfechtungserhebliche

109 *Riggert*, in: *Braun*, § 142 InsO, Rn. 14.

110 *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 676.

111 Der Verweis geht ausdrücklich nur auf § 133 Abs. 1 InsO. Doch ist § 133 Abs. 2 InsO mit erfaßt, weil es sich hierin lediglich um eine mit anderer Beweislast ausgestattete Variante, nicht um einen eigenen Tatbestand handelt. Siehe *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 142 InsO, Rn. 17; anders *Huber*, in: *Gottwald*, Handbuch, § 46, Rn. 80.

112 Beispiele betreffend Weitergabe des vom Gemeinschuldner beim Drittschuldner eingezogenen Geldbetrages an den Sicherungszessionar: BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – IX ZR 154/03, DZWIR 2006, 373, 374 f.; BGH, Urteil vom 6. April 2006 – IX ZR 185/04, DZWIR 2006, 380, 381 f., mit Anm. *Bräuer*, DZWIR 2006, 382 ff. Siehe auch oben Rn. 609, 644.

Nachteile können sich aber trotz § 142 InsO immer noch aus anderen Gesichtspunkten als dem des Wertesaldos ergeben[113].

Die in § 142 InsO vorausgesetzte **Gleichwertigkeit** bestimmt sich nach dem Markt. Dabei bleibt allerdings außer Betracht, daß der Markt dort, wo unter Druck gehandelt wird, gewisse Zugeständnisse erwartet. So ist es beispielsweise bei Eilverkäufen üblich (und bis zur Grenze der Ausbeutung gemäß § 138 BGB erlaubt), den Verkaufspreis niedriger anzusetzen, weil der Käufer sich besonders rasch um das Aufbringen des Kaufpreises bemühen muß und nur kurze Gelegenheit zu einem Vergleich des Kaufgegenstandes und der Konditionen hat. Gerade eine solche wertevernichtende Liquidierung unter Wert ist aber das, was die Anfechtungsregeln zum Schutze der Insolvenzgläubiger vermeiden wollen. Maßstab ist vielmehr die Preisspanne, innerhalb welcher sich Marktteilnehmer mit gewöhnlichem Handlungsbedarf begegnen. Das schließt allerdings nicht aus, daß der Markt je nach allgemeiner wirtschaftlicher Lage insgesamt unter Druck gerät und nun ein ungünstiger Erlös als dem Abfluß gleichwertig anzusehen ist.[114] Wenn das Geschäft den Abfluß aus der Masse in einen ausgewogenen und einen unausgewogenen Teil teilbar ist, beschränkt § 142 InsO die Anfechtung auf den unausgewogenen Teil[115]. Solche Teilbarkeit des Geschäfts ergibt sich allerdings nicht schon aus Teilbarkeit einer Leistung. **656**

Die Würdigung der Geschäfte nach dem Maßstabe eines Austausches im gewöhnlichen Marktgeschehen läßt viele Sanierungsbestrebungen in der Anfechtungsgefahr. Sollte Sanierung zur Abwendung des Insolvenzverfahrens fehlschlagen und steht nun doch ein Insolvenzverwalter vor der Aufgabe der Masseanreicherung, so sind die getroffenen Maßnahmen zur Verlängerung bisherigen Kredites wie etwa Bestellung zusätzlicher Sicherheit oder Einräumen von Beteiligungen an Gläubiger kein privilegiertes Bargeschäft. Denn mit der bloßen Kreditverlängerung fließen der Masse keine zusätzlichen Mittel zu. Anders ist es, wenn entsprechend dem Abfluß das Kreditvolumen ausgedehnt wird[116] oder der Gläubiger einen Teil seiner Forderung erläßt. **657**

Nicht zuletzt für die an Sanierungsbemühungen beteiligten Helfer ist die Privilegierung von Bargeschäften von herausragender Bedeutung. Rechtanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Sachverständige und andere, deren Unterstützung der Schuldner in Anspruch nimmt, sind über die wirtschaftliche Lage des Schuldners im Bilde. Ihre Honorare schmälern aber die Masse und könnten nach Verfahrenseröffnung zumindest in der Fallgruppe kongruenter Deckung durch Anfechtung zurückgeholt werden. Ist die Vergütung angemessen, schützt die Einschätzung als Bargeschäft[117]. **658**

Im Falle **inkongruenter Deckung** besteht **Gleichwertigkeit** erst dann, wenn die Masse eine Kompensation auch für die Abweichung in Zeitpunkt und Art der Leistung erzielt. Ohne solche Zusatzkompensation muß es bei dem herrschenden Satz[118] bleiben, daß inkongruente Deckung von der Privilegierung als Bargeschäft ausgeschlossen ist. **659**

Die Reihenfolge von Abfluß und Zufluß ist gleichgültig. Wichtig ist nur, daß überhaupt ein zeitlicher Zusammenhang besteht. Im einzelnen ist das nicht leicht zu beantworten und von den Umständen abhängig. Je nach Art des Geschäfts und dem üblichen Verlauf seiner Abwicklung können mehrere Wochen Leistung und Gegenleistung trennen. Unmittelbarkeit fehlt, wenn das Geschäft im Gesamtbild eine (nicht notwendig entgeltliche) Kreditierung aufweist[119]. **660**

Die Betrachtung von geschehenem Zufluß und Abfluß unter dem Gesichtpunkt der Anfechtung ist zu unterscheiden von noch unerledigtem Austausch, welcher den Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO) unterfällt. Allerdings können zugleich sowohl Anfechtungsvorschriften als auch Vorschriften über schwebende Geschäfte einschlägig sein, wenn noch keine Leistung erfolgte, wenn eine Leistung bereits geschah oder wenn die Beziehung von vornherein keine Gegenseitigkeit aufwies. **661**

113 Siehe oben Rn. 629 f.
114 Siehe *Zeuner*, in: *Smid*, Kommentar, § 142 InsO, Rn. 2.
115 *Riggert*, in: *Braun*, § 142 InsO, Rn. 7.
116 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 142 InsO, Rn. 9 f.; *Riggert*, in: *Braun*, § 142 InsO, Rn. 5.
117 Dazu *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 142 InsO, Rn. 8 m.w.N.
118 Siehe *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 142 InsO, Rn. 4, m.w.N.
119 *Riggert*, in: *Braun*, § 142 InsO, Rn. 14.

e) Grenzüberschreitende Anfechtung

662 Das nationale Anfechtungsrecht gilt europaweit (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe m EuInsVO). Deutsches Anfechtungsrecht strahlt also aus einem deutschen Insolvenzverfahren ins Ausland aus. Der Konkurs in einem anderen Mitgliedstaat trägt auswärtiges Anfechtungsrecht nach Deutschland. Die deutsche Rechtsordnung unterwirft sich außerdem dem Anfechtungsrecht sonstiger Verfahrensstaaten (§ 339 InsO). Eine Ausnahme machen aber diejenigen Rechtshandlungen, die ihrem Inhalte nach von einem anderen Recht als dem des Verfahrensstaates regiert werden und die, wenn das Insolvenzverfahren nach dem anderen Recht durchzuführen wäre, nach diesem anderen Recht unanfechtbar wären (Art. 13 EuInsVO; § 339 InsO). Die Rechtshandlung soll also im Ergebnis einem homogenen Regelwerk unterworfen sein.

§ 15 Eröffnungsverfahren nach Antrag

Literatur: *Henckel*, Fehler bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – Abhilfe und Rechtsmittel, ZIP 2000, 2045 ff.; *Landfermann*, Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, in: Kölner Schrift, S. 159 ff.; *Onusseit*, Ausgewählte steuerrechtliche Probleme des Insolvenzeröffnungsverfahrens, in: Kölner Schrift, S. 1779 ff.; *Uhlenbruck*, Das Insolvenzeröffnungsverfahren, in: *Gottwald*, S. 95 ff.

I. Antragstellung

Literatur: *Fritsche*, Die Zulässigkeit des Insolvenzantrages, DZWIR 2003, 234 ff.; *Kirchhof*, Die Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, in: Kölner Schrift, 285 ff.; *A. Lang*, Das Rechtsschutzinteresse beim Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, 2003; *Schmerbach*, Der Gläubigerantrag im Regelinsolvenzverfahren, NZI 2003, 421 ff.; *Uhlenbruck*, Zur Zulässigkeit von Insolvenzanträgen des Schuldners, InVo 1999, 333 f.

Mit Eingang des Eröffnungsantrages (§ 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) beim Insolvenzgericht beginnt das Eröffnungsverfahren. In ihm wird über die Eröffnung befunden und werden eventuell vorläufige Maßnahmen angeordnet (§§ 21 f. InsO). **663**

1. Antragsherkunft und Antragsziel

Die Antragsbefugnis von Schuldner, Gläubigern und anderen sowie etwaige Antragspflichten von Schuldnerorganen wurden bereits dargelegt[1]. Der Antrag zielt nicht auf ein Insolvenzverfahren überhaupt, sondern auf ein bestimmtes Verfahren bestimmter Reichweite. Diese **Zielrichtung** ergibt sich nach Auslegung des Eröffnungsantrages[2]. Wenn das Regelverfahren beantragt ist, muß das Insolvenzgericht zwar von Amts wegen ermitteln (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InsO), ob nicht das Kleinverfahren einschlägig ist. Doch kann das Insolvenzgericht nicht ohne weiteres ein Kleinverfahren eröffnen. Ist ein Nachlaßverfahren gewünscht, darf das Gericht nicht ein Verfahren über das ganze Vermögen des Erben eröffnen. Dem Antrag auf ein Hauptinsolvenzverfahren folgt nicht einfach ein Territorialverfahren. Eröffnung anders als beantragt enthält eine Ablehnung. Der Antragsteller hat gemäß § 34 Abs. 1 InsO die Beschwerde. Außerdem kann sich der Schuldner gegen abweichende Eröffnung aufgrund Fremdantrages gemäß § 34 Abs. 2 InsO beschweren.[3] Vor abweichender Eröffnung bedarf es einer Umstellung des Antrages, worauf das Gericht freilich hinweist[4] (§§ 139 Abs. 1 ZPO, 4 InsO). **664**

2. Mehrere Anträge

Mehrere Anträge kann das Gericht miteinander zu einem Eröffnungsverfahren verbinden (§§ 147 ZPO, 4 InsO).[5] Denkbar ist das beispielsweise bei Insolvenzen beider Ehegatten, beider eingetragener Lebenspartner oder mehrerer sonst in Haushaltsgemeinschaft lebender Personen, mehrerer Konzernglieder oder des Nachlasses und des Erben zugleich (vgl. § 331 InsO). Vor allem aber geschieht Verbindung (stillschweigend) dann, wenn der Schuldner einem Gläubigerantrag einen Eigenantrag beigesellt. Zu einem solchen zusätzlichen Antrag gibt das Gericht in der Kleininsolvenz ausdrücklich Gelegenheit (§ 306 Abs. 3 Satz 1 InsO). Nimmt der Schuldner sie wahr, kommt es – anders als beim alleinigen Gläubigerantrag – zum doppelten Schuldenbereinigungsversuch gemäß §§ 305 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4, 306 ff. InsO; wegen des vorgerichtlichen **665**

1 Oben Rn. 429 ff.
2 LG Frankfurt/Oder, Beschluß vom 6. April 2000 – 6(a) T 407/99, ZIP 2000, 1067 ff.
3 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 6 InsO, Rn. 7.
4 Beispiel: LG Göttingen, Beschluß vom 30. Januar 2002 – 10 T 7/02, ZInsO 2002, 244, 245.
5 Siehe oben Rn. 163.

Versuches ausdrücklich § 306 Abs. 3 Satz 3 InsO. Nach herrschender (vom Verfasser nicht geteilter) Meinung ist außerdem in Klein- wie in Normalinsolvenz der Eigenantrag unverzichtbar, um Restschuldbefreiung beantragen zu können[6].

666 Ist das Verfahren einmal eröffnet, so ist ein weiterer Eröffnungsantrag des Schuldners oder eines Insolvenzgläubigers nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO mit § 4 InsO unzulässig.[7] Unbenommen bleibt allerdings ein Antrag auf Erweiterung eines Territorialverfahrens zum grenzüberschreitend das Schuldnervermögen erfassenden Hauptinsolvenzverfahren[8].

3. Form

667 Für den Eröffnungsantrag sieht § 13 Abs. 1 Satz 1 InsO Schriftform vor. Diese spezielle Regelung verschließt den Rückgriff über § 4 InsO auf §§ 496 und 129a ZPO, so daß sich der Antragsteller nicht mündlich zur Niederschrift beim Insolvenzgericht oder an ein anderes Amtsgericht wenden kann. Unbenommen bleibt elektronischer Verkehr nach §§ 130a ZPO, 4 InsO.[9]

668 Der Eigenantrag des Schuldners ist überdies nach § 13 Abs. 3 InsO formulargebunden. Für das **Kleinverfahren** besteht für den Schuldner Zwang zur Benutzung besonders umfangreicher Formulare (§ 305 Abs. 5 InsO mit VbrInsVV). Ohne diese Formulare ist der Eigenantrag nicht ordnungsgemäß gestellt und kann schon deswegen keinen Erfolg haben[10].

4. Frist

669 Grundsätzlich gibt es **keine** Frist für den Insolvenzantrag. Ausnahmen bilden nur die Nachlaßinsolvenz und die Insolvenz des Gesamtgutes in fortgesetzter Gütergemeinschaft (§§ 319, 332 Abs. 1 InsO).

670 Gleichwohl schützt rasche Antragstellung den Schuldner oder seine Organe vor dem Vorwurf der Konkursverschleppung[11]. Wo Antragspflicht besteht[12], muß der Pflichtige ihr unverzüglich nachkommen (gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO »ohne schuldhaftes Zögern«, entsprechend der Legaldefinition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Gläubiger wird darauf achten, den Eröffnungsantrag so früh zu stellen, daß er die Verjährung noch mittels Forderungsanmeldung (§ 174 InsO) gemäß §§ 204 Abs. 1 Nr. 10, 209 BGB zu hemmen vermag.

671 Der Zeitpunkt des Eröffnungsantrages hat außerdem nach Eröffnung eine Reihe von Konsequenzen. So legt er den Zeitraum für die Rückschlagsperre fest (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3 InsO) und die Berechnung von Anfechtungsfristen (§ 139 InsO) mit dem Zeitpunkt der fraglichen Handlung (§ 140 InsO) als Gegenpol.

5. Inhalt

672 Der auf Eröffnung Antragende muß (soweit er sich nicht ohnehin eines Vordrucks zu bedienen hat[13]) mindestens den Wunsch zum Ausdruck bringen, es möge ein Insolvenzverfahren eröffnet werden. Diesen Wunsch kann man bei Insolvenz einer natürlichen Person in Richtung auf das Regel- oder auf das Kleinverfahren präzisieren, muß das aber nicht tun. Der Antrag ist **auslegungsfähig**. Stellt eine natürliche Person Eigenantrag auf ein Kleinverfahren, kann das Insol-

6 Siehe unten Rn. 1544 f.

7 BGH, Beschluß vom 3. Juli 2008 – IX ZB 182/07, KTS 2009, 96, 97, mit Anm. *Lakkis*, KTS 2009, 98 ff. Zur Ausnahme für Neugläubiger wegen pfändbarer Erträge aus freigegebenem Vermögen siehe oben Rn. 277.

8 Vgl. oben Rn. 453.

9 Zur Kommunikation mit dem Gericht siehe auch oben Rn. 473 ff.

10 AG Köln, Beschluß vom 15. Oktober 2002 – 71 IK 103/02, NZI 2002, 679 f., betreffend Kleinverfahren.

11 Vgl. oben Rn. 419, 422, 439, 592. Siehe wegen der Haftung auch unten Rdn. 1073.

12 Siehe oben Rn. 438 ff.

13 Siehe oben Rn. 668.

venzgericht ihn als Eigenantrag auf das Regelverfahren interpretieren, falls sich bei den Ermittlungen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InsO) eine größere Gläubigerzahl ergibt[14]. Zu beachten ist, daß die Gläubigerzahl aber nur dann die Weiche vor Kleininsolvenzverfahren oder Regelinsolvenzverfahren stellt, wenn der Schuldner selbständig erwerbstätig ist oder war (§ 304 Abs. 1 Satz 2 mit Abs. 2 InsO[15]). Wer nie Selbständiger war, gerät auch bei großer Gläubigerzahl gemäß § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO ins Kleinverfahren.

Des weiteren sollte der Antrag verdeutlichen, ob er ein Universalverfahren oder ein Territorial- 673
verfahren wünscht. Auch hier sind aber keine allzu hohen Anforderungen zu erheben. Das Gericht legt den Antrag in geeigneter Weise aus.

Wie bei einer Klage (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) ist es besonders wichtig und fällt nicht immer 674
leicht, den Schuldner im Antrag genau zu identifizieren (§§ 130 Nr. 1, 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, 4 InsO). Bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts kann die Nennung von Mitgliedern hilfreich sein[16]. Soweit Register bestehen (Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister [für Partnerschaftsgesellschaften], Güterrechtsregister) kann man den Antrag mit Auszügen präzisieren.

Der Gläubiger muß den Eröffnungsgrund glaubhaft machen (§ 14 Abs. 1 InsO). Den Schuldner 675
trifft diese Notwendigkeit nicht; ihm traut der Gesetzgeber genügenden Einblick in seine Verhältnisse und dazu (trotz der Verlockungen der Restschuldbefreiung) auch Aufrichtigkeit zu. Bei Insolvenzen von anderen Vermögensmassen als denjenigen natürlicher Personen müssen allerdings einige Antragsteller aus der Sphäre des Schuldners ebenfalls den Eröffnungsgrund glaubhaft machen (§§ 15 Abs. 2 Satz 1, 317 Abs. 2 Satz 1, 318 Abs. 2 Satz 1, 332 Abs. 1, 333 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 InsO). Wegen der Möglichkeiten des Glaubhaftmachens ist § 294 ZPO entsprechend heranzuziehen (§ 4 InsO). Endgültig festzustehen braucht der Eröffnungsgrund freilich noch nicht. Der Eröffnungsgrund ist nicht Zulässigkeitserfordernis, sondern Frage der Begründetheit des Antrages. Besonders hohe Anforderungen stellt die Rechtsprechung an den Eröffnungsantrag eines Gläubigers, der sich nur auf bestrittene Forderungen stützt. Hier verlangt sie volle Beweisführung und verweist dazu sogar auf vollständiges Durchschreiten des Prozeßweges.[17] Mit Rücksicht auf die schwerwiegenden Eingriffe in die Freiheiten des Schuldners, welche ein Insolvenzverfahren mit sich bringt, ist diese Haltung gut nachvollziehbar. Auch wer der einzige Gläubiger eines anderen ist, kann zwar ein Insolvenzverfahren in Gang bringen[18], doch darf das nicht auf zweifelhafter Grundlage stehen. Sobald jedoch Forderungen anderer Gläubiger – mögen diese auch keinen Eröffnungsantrag stellen – sichtbar werden, sinken die Anforderungen an Glaubhaftigkeit wieder. Im übrigen darf sich das Insolvenzgericht nicht gänzlich aus seiner Amtsermittlungspflicht[19] zurückziehen[20].

Das Erfordernis, den Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen, nimmt dem Insolvenzgericht 676
nicht die Pflicht zur Ermittlung von Amts wegen. Es bemüht sich vielmehr beim Antragsteller um Gewinnung hinreichender Überzeugung[21].

Wenn dem Antragsteller das Glaubhaftmachen nicht gelingt, muß er – je nachdem, welche Fol- 677
gen bereits der Eröffnungsantrag zeitigte – mit einem Schadensersatzbegehren des Schuldners rechnen[22].

14 AG Hamburg, Beschluß vom 4. Dezember 2001 – 68g IK 78/01, ZIP 2001, 2241.

15 Die Betrachtung sowohl der Gegenwart als auch der Vergangenheit verdankt sich einer Reform kurz nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung. Ursprünglich sprach § 304 Abs. 1 InsO nur von der Gegenwart, was Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten gab; siehe LG Frankfurt/Oder, Beschluß vom 6. April 2000 – 6 (a) T 407/99, ZIP 2000, 1067 ff. Die heutige Fassung von § 304 Abs. 1 Satz 1 InsO läßt aber immer noch zweifeln, ob eine sehr weit zurückliegende Selbständigkeit, woraus vielleicht gar keine Schulden mehr herrühren, berücksichtigt werden muß.

16 Siehe oben Rn. 293.

17 BGH, Beschluß vom 14. Dezember 2005 – IX ZB 207/04, DZWIR 2006, 171, m.w.N.; BGH, Beschluß vom 29. Juni 2006 – IX ZB 245/05, ZVI 2006, 334, 335.

18 Siehe oben Rn. 259; unten Rn. 680.

19 Siehe sogleich Rn. 676.

20 Diese Gefahr besteht bei BGH, DZWIR 2006, 171.

21 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 5 InsO, Rn. 1.

678 Der antragende Schuldner muß im Falle eines **Kleinverfahrens** über das Gesuch nach Eröffnung hinaus eine ganze Reihe weiterer Erklärungen anbringen (§ 305 Abs. 1 InsO), wobei ihn die Vordrucke (gemäß VbrInsVV[23]) leiten. Zum Kleinverfahren wie zum Regelverfahren kann (nicht: muß) der Schuldner dem Eröffnungsantrag einen Restschuldbefreiungsantrag beifügen (§§ 287 Abs. 1 Satz 1, 305 Abs. 1 Nr. 2 InsO)[24]. Eine gewisse zeitlang kann der Schuldner den Antrag auf Restschuldbefreiung auch noch nachreichen (§§ 287 Abs. 1 Satz 2, 305 Abs. 3 InsO).[25] Das Insolvenzgericht weist auf das Verfahren zur Restschuldbefreiung hin (§ 20 Abs. 2 InsO). Freiwillig ist das zum **Regel-** und zum **Kleinverfahren** mögliche Gesuch um Stundung der Verfahrenskosten, welches allerdings ohne Antrag auch auf Restschuldbefreiung unzulässig ist (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). Freiwillig ist die Ergänzung des Eigenantrages zum Regelverfahren um einen Insolvenzplanentwurf (§ 218 Abs. 1 Satz 2 InsO) oder um einen Antrag auf Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO).

6. Rechtsschutzbedürfnis

679 Wie jedes Rechtsschutzgesuch ist auch der Eröffnungsantrag nur zulässig, wenn der Antragsteller ein Rechtsschutzbedürfnis hat[26]. Für den Gläubiger wird dies in § 14 Abs. 1 InsO ausdrücklich hervorgehoben.

680 Hinreichendes Rechtsschutzbedürfnis hat in der Regel jeder **Insolvenzgläubiger**. Der nachrangige (§§ 39, 327 InsO) ist davon ebensowenig auszunehmen wie der Absonderungsgläubiger, welcher zugleich persönlicher Gläubiger ist (§ 52 Satz 1 InsO). Denn vor Durchführung des Insolvenzverfahrens ist nicht abzusehen, ob – wenn überhaupt Überschüsse über die Kosten zu erwarten sind – Erlöse zur Verteilung an den nachrangigen Gläubiger übrig bleiben werden oder der Absonderungsberechtigte mit seinem dinglichen Recht einen Ausfall erleidet (vgl. § 52 Satz 2 InsO)[27]. Ebensowenig nimmt die Aussicht, daß der Verwalter die Forderung des antragenden Gläubigers aus schwebendem Geschäft mit Wahl der Nichterfüllung (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) entwerten wird, dem Gläubigerantrag das Rechtsschutzbedürfnis[28]. Auch wenn der Schuldner nur einen einzigen unbefriedigten Gläubiger eines persönlichen Vermögensanspruchs hat (der ist oft das Finanzamt), kann dieser zulässig auf Eröffnung antragen.[29] Wegen der gegenüber Einzelvollstreckung etwas breiteren Anfechtungsmöglichkeiten (§§ 129 ff. InsO)[30] und des besseren Zugriffs auf Absonderungsgut (nur Absonderung gemäß § 51 Nr. 1 InsO statt Interventionsklage nach § 771 Abs. 1 ZPO) muß er sich nicht auf die Einzelzwangsvollstreckung verweisen lassen[31]. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt dem einzigen Gläubiger aber, wenn sein Anspruch nicht auf Geld gerichtet ist und vom Schuldner in Natur noch bewältigt werden kann; dann kann der einzige Gläubiger nur die Einzelzwangsvollstreckung beschreiten.

681 Das Rechtsschutzbedürfnis für den **Eigenantrag** ergibt sich aus dem Schuldnerwunsch nach geordneter Befriedigung der Gläubiger, nach Erfüllung etwaiger Antragspflicht oder nach Restschuldbefreiung. Die Restschuldbefreiung gibt dem Schuldner insbesondere das Rechtsschutzbedürfnis bei Existenz nur eines einzigen Gläubigers.

682 **Massearmut** nimmt einem Eröffnungsantrag das Rechtsschutzbedürfnis nicht. Sie ist vielmehr Frage der Begründetheit (und führt gegebenenfalls zur Abweisung mangels Masse gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO). Wo allerdings die Entstehung von Masse schlechterdings ausgeschlossen ist, weil alles bislang und künftig greifbare Vermögen schon in einem laufenden Insolvenzver-

22 Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 13 InsO, Rn. 30.
23 Siehe oben Rn. 668.
24 Zur Frage, ob dies nur beim Eigenantrag in Frage kommt, oben Rn. 665 und unten Rn. 1544 f.
25 Siehe unten Rn. 1544.
26 *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 351 ff.; *Schmahl*, in: MünchKomm, § 14 InsO, Rn. 50 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 14 InsO, Rn. 4 ff.
27 Siehe *Bußhardt*, in: *Braun*, § 13 InsO, Rn. 4.
28 BGH, Beschluß vom 29. Juni 2006 – IX ZB 245/05, ZVI 2006, 334, 335.
29 Wegen des Grades an Gewißheit seiner Gläubigerschaft siehe oben Rn. 675.
30 Betont von *Schmahl*, in: MünchKomm, § 14 InsO, Rn. 44.
31 Zum Eigenantrag bei nur einem Gläubiger siehe oben Rn. 259.

fahren gebunden ist, fehlt dem Eröffnungsantrag eines Neugläubigers in der Tat das Rechtsschutzbedürfnis[32].

Nach Abweisung eines Eröffnungsantrages kann der Antragsteller zu beliebiger Zeit und (bei wiederholtem Scheitern) beliebig häufig von neuem auf Eröffnung antragen. Doch fehlt dem neuen Antrag das Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Situation unverändert dieselbe ist. Umgekehrt ist ein Neuantrag der einzige Weg, Änderung der Umstände geltend zu machen, wenn die Ablehnung der Eröffnung bereits (formell) rechtskräftig wurde. Ist die Ablehnung noch nicht rechtskräftig, stehen Beschwerde (§§ 34 Abs. 1, 6 Abs. 1 InsO) und Neuantrag zur Wahl. 683

7. Rücknehmbarkeit

Bis zur Eröffnung oder zur rechtskräftigen (mit Beschwerde gemäß §§ 34 Abs. 1, 6 Abs. 1 InsO nicht mehr angreifbaren) Ablehnung der Eröffnung steht der Antrag noch zur Disposition seines Urhebers (§ 13 Abs. 2 InsO). Die trotz Rücknahme noch anfallende Kostenlast (§ 23 Abs. 1 GKG, insbesondere mit Nummern 2310, 2311, 9018 des Kostenverzeichnisses nach Anlage 1; §§ 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO, 4 InsO) wird je nach Zeitpunkt deutlich niedriger sein als diejenige bei Ablehnung. Der Antragsteller hat damit seine Antragsbefugnis nicht verbraucht. 684

Rücknahme seines Antrages fingiert das Gesetz, wenn der Schuldner trotz Aufforderung (§ 305 Abs. 3 Satz 1 InsO) nicht die zum Kleinverfahren notwendigen Unterlagen beisteuert (§ 305 Abs. 3 Sätze 2 und 3 InsO). Im Ergebnis wirkt dann die Aufforderung wie eine Ablehnung[33]. 685

II. Amtsermittlung

Literatur: *Uhlenbruck*, Die Mitwirkungspflichten des Schuldners oder Schuldnervertreters im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZInsO 1999, 433 ff.; *Uhlenbruck*, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002, 401 ff.

Mit Erhalt eines Eröffnungsantrages setzt die umfassende Ermittlungsaufgabe des Insolvenzgerichts gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 InsO ein. Auch und gerade mißverständliche oder unvollständige Anträge lösen die Amtsermittlungspflicht aus. Sie zielt insbesondere auf die Frage des Eröffnungsgrundes gemäß § 16 InsO. Doch ist das nicht allein Gegenstand der Ermittlung. Auch die Identität des Schuldners, die Deckung der Verfahrenskosten aus der zu erwartenden Masse, die Rolle des Antragenden und die Art des Verfahrens (Regelverfahren? Kleinverfahren? Sonderverfahren nach §§ 315 ff. InsO; Territorial- oder Hauptinsolvenzverfahren?) sind aufzuklären[34]. Allerdings hat die Amtsermittlungspflicht auch Grenzen. Bringt der Antragsteller trotz Aufforderung des Insolvenzgerichts Auskünfte oder Unterlagen nicht bei, die ohne seine Hilfe nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Mühen erreichbar sind, so endet die Ermittlungspflicht des Gerichts. 686

An diese Grenze stößt das Gericht jedoch nicht allzu rasch. Das Gesetz sieht in §§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 InsO, dem eröffneten Verfahren abgeschaut (Verweisung in § 22 Abs. 3 Satz 3 InsO auf §§ 97, 98, 101 InsO), durchaus aufwendige Mittel zur Informationsgewinnung beim Schuldner oder seinen derzeitigen oder ehemaligen Organen oder Angestellten vor – teils ohne, teils mit Zuhilfenahme eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Es kann sogar – und so wird zur Schonung des Schuldners und zwecks Kostenersparnis sehr häufig verfahren – einst- 687

32 BGH, Beschluß vom 18. Mai 2004 – IX ZB 189/03, ZInsO 2004, 739.

33 Daher Beschwerde möglich. Siehe BayObLG, Beschluß vom 2. Dezember 1999 – 4 Z BR 8/99, DZWIR 2000, 156, 157, mit Anm. *Becker*, DZWIR 2000, 158 ff.; OLG Celle, Beschluß vom 13. September 2000 – 2 W 85/00, DZWIR 2001, 75, 76, mit Anm. *Becker*, DZWIR 2001, 76 ff.; *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 6 InsO, Rn. 7.

34 Siehe bereits oben Rn. 222 ff.

weilen die einzige Aufgabe eines »schwachen« vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 22 Abs. 2 InsO) sein, gutachterlich dem Gericht die Vermögenslage des Schuldners auseinanderzusetzen und damit eine Entscheidungsgrundlage zu schaffen. Er ist dann auf den ersten Blick eigentlich kein vorläufiger »Verwalter«, sondern ein Sachverständiger im Sinne von §§ 402 ff. ZPO, 4 InsO. Doch ist das Insolvenzgericht nicht darauf beschränkt, einen Sachverständigen lediglich als solchen mit der Begutachtung zu betrauen. Es kann ihn in der Tat als einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, der dann gegenüber dem Schuldner mit den Befugnissen des § 22 Abs. 3 InsO auftritt, was ein einfacher Sachverständiger nicht kann.

III. Vorläufige Maßnahmen zur Massesicherung

Literatur: *Ampferl*, Der »starke« vorläufige Insolvenzverwalter in der Unternehmensinsolvenz, 2002; *Berger*, Das Lastschriftverfahren im Spannungsverhältnis zwischen Bank- und Insolvenzrecht, NJW 2009, 473 ff.; *Berscheid*, Arbeitsrechtliche Probleme im Insolvenzeröffnungsverfahren, in: Kölner Schrift, S. 1361 ff.; *Binder*, Zur Insolvenzbeständigkeit masseschädigender Rechtshandlungen unter Mitwirkung des vorläufigen Insolvenzverwalters, KTS 2006, 1 ff.; *Birger*, Die Haftung des Sachverständigen im Insolvenzeröffnungsverfahren, DZWIR 2007, 361 ff.; *Dreves-Marlow*, Die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter ohne allgemeine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, 2004; *Engelhardt*, Die gerichtliche Entscheidung nach §§ 21 ff. InsO und ihre Auswirkungen auf die vermögensrechtliche Stellung des Insolvenzschuldners, 2002; *Find*, Das Treuhandkonto im Eröffnungsverfahren – Probleme und Risiken, ZInsO 2004, 470 ff.; *Foerste*, Der Umgang des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Sicherungsrechten im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Unternehmensfortführung, in: *Heinrich* (Hrsg.), Wirkungsvolle Gestaltung von Arbeitsbedingungen als Weichenstellung für Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz, 2008, 81 ff.; *Fritsche*, Zivilrechtliche Verfügungsverbote im Hinblick auf konkurs- und insolvenzrechtliche Regelungen, DZWIR 2002, 1 ff.; *Gerhardt*, Verfügungsbeschränkungen in der Eröffnungsphase und nach Verfahrenseröffnung, in: Kölner Schrift, S. 193 ff.; *Grub*, Die Zinspflicht nach § 169 InsO – eine wirtschaftlich und rechtlich unsinnige Regelung, DZWIR 2002, 441 ff.; *Haarmeyer/G. Pape*, Das Ende des zu allen Rechtshandlungen ermächtigten »schwachen« vorläufigen Insolvenzverwalters, ZInsO 2002, 845 ff.; *Höpfner*, Möglichkeiten des Insolvenzverwalters zur Rückgängigmachung oder wirtschaftlichen Kompensation der Freigabe, ZIP 2000, 1517 ff.; *Hörmann*, Die erfolgreiche Durchsetzung von Gläubigerrechten gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter, MDR 2006, 601 ff.; *Jungmann*, Lastschriftwiderruf des vorläufigen Insolvenzverwalters, WM 2007, 1633 ff.; *Kießling/Singhof*, Verfügungsbeschränkungen in der vorläufigen Insolvenz – insbesondere zu Grundlagen und Wirkungen besonderer Verfügungsverbote und Zustimmungsvorbehalte, DZWIR 2000, 353 ff.; *Kind*, Der »vorläufig« vorläufige Gläubigerausschuss. Oder: Kann auch im Insolvenzeröffnungsverfahren ein Gläubigerausschuss bestellt werden?, in: Festschrift Braun, 2007, 31 ff.; *Kirchhof*, Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen vorläufiger Insolvenzverwalter, ZInsO 2000, 297 ff.; *Kirchhof*, Probleme bei der Einbeziehung von Aussonderungsrechten in das Insolvenzeröffnungsverfahren, ZInsO 2007, 227 ff.; *Lenenbach*, Sicherungsmaßnahmen im Insolvenzeröffnungsverfahren, 2003; *H. Mayer*, Durchführung und Abwicklung der vorläufigen Verwaltung mit gerichtlichem Zustimmungsvorbehalt nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2, 55 Abs. 2, 25 Abs. 2 InsO, DZWIR 2001, 309 ff.; *Obermüller*, Verwertung von Mobiliarsicherheiten im Insolvenzantragsverfahren, DZWIR 2000, 10 ff.; *G. Pape*, Die Bestellung eines »starken Gutachters« als Mittel zur Sicherung der Insolvenzmasse, ZInsO, 830 ff.; *Pohlmann*, Befugnisse und Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998; *Prütting/Stickelbrock*, Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters, ZIP 2002, 1608 ff.; *Smid*, Gesetzlich zulässige Reichweite der Entmachtung von Schuldner und schuldnerischen Gesellschaftsorganen und der Ermächtigung des vorläufigen Verwalters durch insolvenzgerichtliche Anordnung nach §§ 21, 22 InsO, DZWIR 2002, 444 ff.; *Spickhoff*, Insolvenzzweckwidrige Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters, KTS 2000, 15 ff.; *Spliedt*, Die »halbstarke« Verwaltung – unbeherrschbare Masseverbindlichkeiten oder sinnvolle Alternative?, ZIP 2001, 1941 ff.; *Spliedt*, Die notwendigen Lieferanten im Insolvenzeröffnungsverfahren – zwischen Erpressung und Anfechtung?, ZInsO 2007, 405 ff.; *Thiemann*, Die vorläufige Masseverwaltung im Insolvenzeröffnungsverfahren, 2000; *Titz/Tötter*, Tätigkeiten in der vorläufigen Insolvenzverwaltung, ZInsO 2006,

976 ff.; *Uhlenbruck*, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners, KTS 1997, 371 ff.; *Uhlenbruck*, Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, in: Kölner Schrift, S. 325 ff.; *Uhlenbruck*, Vorläufiger Sachwalter bei Insolvenzanträgen mit Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung?, NZI 2001, 632 ff.; *Uhlenbruck*, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002, 401 ff.; *Weisemann*, Der vorläufige »halbstarke« Insolvenzverwalter, DZWIR 1999, 397 ff.; *Zipperer*, Sicherungsmaßnahmen gem. § 21 InsO – Neuer Wein in alten Schläuchen?, NZI 2004, 656 ff. Siehe auch die Hinweise zu § 25 (vor Rn. 1077).

1. Überbrückung der Zeit zwischen Eröffnungsantrag und Entscheidung

Der Eröffnungsantrag ist ein Alarmsignal. Spätestens er läßt, wo sie nicht schon zuvor verbreitet war, die Befürchtung aufkommen, daß nicht mehr alle Gläubiger gänzliche Befriedigung erhoffen dürfen. Gleichwohl darf das Insolvenzgericht weder ein Insolvenzverfahren blindlings eröffnen noch unbekümmert die Eröffnung ablehnen. Ein Insolvenzverfahren greift tief in die wirtschaftliche Persönlichkeit und Freiheit des Schuldners (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG), aber auch in die Betätigungsmöglichkeiten eines jeden Gläubigers (Art. 14 Abs. 1 GG) ein. Die Nichteröffnung bedeutet ebenfalls Verweigerung von Handlungs- und Entwicklungsmöglichkeiten. Die Entscheidung über den Eröffnungsantrag ist deswegen, gleichviel, in welche Richtung sie ergeht, beschwerdebewehrt (§ 34 InsO; freilich kann sich kein Gläubiger gegen eine Eröffnung wehren). 688

Während der Zeit sorgfältiger Prüfung des Eröffnungsantrages besteht allerdings die Gefahr, daß sich die Vermögenslage weiter verschlechtert, vielleicht sogar vom Schuldner zu seinem Vorteil oder zum Vorteil einzelner Gläubiger gezielt verändert wird. Die Verdrängung des Schuldners aus der Verfügungsgewalt knüpft das Gesetz in § 80 Abs. 1 InsO erst an die Eröffnung, nicht bereits an den Eröffnungsantrag an. Das Gesetz kennt aber auch vorläufige Maßnahmen der Massesicherung. Während des Eröffnungsverfahrens gibt es zwar noch keine Masse, da § 35 InsO den Begriff der Masse mit der Eröffnung verbindet. Aber es gibt das Schuldnervermögen, aus dem die Masse entsteht, falls es zu Eröffnung kommt. Dieses **Schuldnervermögen** kann in verschiedenen Intensitätsgraden **vorläufig ergriffen werden**, um es der Befriedigung im eröffneten Verfahren vorzubehalten. Vorläufige Maßnahmen sind nicht nur während laufenden Eröffnungsverfahrens statthaft, sondern auch während ruhenden Eröffnungsverfahrens vor einem Kleinverfahren, welches dem Versuch einvernehmlicher Schuldenregulierung dient (§ 306 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 InsO). 689

Das Insolvenzgericht ist in § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO **verpflichtet**, von Amts wegen erforderliche Maßnahmen zu ergreifen. Ihm steht kein Ermessen zu[35]. Jede Maßnahme steht freilich unter dem rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit, was § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO im Merkmal der Erforderlichkeit anklingen läßt. Systemfremde, die Gleichheit der Justizgewähr zu Lasten der übrigen Insolvenzgläubiger verletzende Bevorzugung erfährt das Finanzgewerbe durch die in § 21 Abs. 2 Satz 2 InsO angeordnete Immunität gegenüber vermögenseinfrierenden Maßnahmen. 690

Die Insolvenzgerichte in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (außer Dänemark) treten, wenn das deutsche Eröffnungsverfahren auf ein Hauptinsolvenzverfahren zielt, mit weiteren Maßnahmen betreffend das auf ihrem Gebiet befindliche Schuldnervermögen zur Seite (Art. 38 691

35 *Haarmeyer*, in: MünchKomm, § 21 InsO, Rn. 2.

EuInsVO)[36]. Diese Unterstützung steht neben der Möglichkeit, aus dem Eröffnungsverfahren zum Hauptinsolvenzverfahren heraus Anordnungen mit grenzüberschreitender Wirkung zu treffen[37]. Denn über den Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO hinaus heischt nicht nur das eröffnete Insolvenzverfahren, sondern auch schon das Eröffnungsverfahren auswärtige Anerkennung.

692 Zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen bedarf es einer **Abwägung**, wie man sie auch bei den einstweiligen Anordnungen im Verfassungs- und im Verwaltungsstreitverfahren kennt: Bereits die Sicherungsmaßnahmen greifen – wenngleich nicht so stark wie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in wirtschaftliche Persönlichkeit und Freiheit des Schuldners und die Handlungsmöglichkeiten des Gläubigers ein. Die mit einigen Maßnahmen verbundene Bekanntmachung (§ 23 InsO) stellt den Schuldner bloß und verursacht möglicherweise überhaupt erst den Ruin. Auf der anderen Seite kann das später eröffnete Verfahren sinnlos sein, wenn man nicht sofort den vorhandenen Vermögensbestand konserviert. Die Entscheidung der Gläubigerversammlung über Zerschlagung oder Fortführung eines Schuldnerbetriebes in § 157 Satz 1 InsO kann durch sofortige Betriebsstillegung offengehalten oder im Gegenteil benommen werden.

693 Die Sicherungsmaßnahmen wenden sich grundsätzlich **gegen** den Schuldner. Sie können aber auch gegenwärtige und frühere Organe, gegenwärtige und frühere Angestellte in die Pflicht nehmen (§§ 101, 21 Abs. 2 Nr. 4, 22 Abs. 3 Satz 3 InsO).

694 Innerhalb des Insolvenzgerichts sind die vorläufigen Maßnahmen richterliche Angelegenheit (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 RPflG).

695 Das Gericht erklärt in seinem Beschluß, ab wann die angeordnete Maßnahme wirksam sein soll. Fehlt die Angabe, wirkt die Maßnahme ab Beschlußfassung, das heißt, sobald der Richter seinen Beschluß in den Geschäftsgang gibt. Nicht etwa wirkt er erst mit der in § 23 Abs. 1 Satz 2 InsO vorgeschriebenen Zustellung. Läßt sich der genaue Zeitpunkt der Beschlußfassung nicht ermitteln, gilt analog zu § 27 Abs. 3 InsO die Mittagsstunde[38]. Bei auftretendem Zweifel, ob eine Verfügung des Schuldners bereits von der Maßnahme erfaßt ist, streitet eine Vermutung für höheres Alter der gerichtlichen Maßnahme (§ 81 Abs. 3 Satz 1 InsO mit § 24 Abs. 1 InsO).

2. Maßnahmen zur Sicherung der etwaigen Masse

696 Das Gesetz zählt das Instrumentarium des Insolvenzgerichts nicht erschöpfend auf. **§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO** stellt eine **Generalklausel** dar. Die Liste möglicher Maßnahmen in § 21 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 InsO sowie § 22 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 InsO enthält lediglich Beispiele, wenngleich überaus wichtige: Bestellung eines vorläufigen Verwalters (mit näherer Bestimmung in § 22 InsO), gewisse Verfügungsbeschränkungen (mit näherer Bestimmung in § 24 InsO), Unterbinden der Zwangsvollstreckung und der Sicherheitenverwertung, Postsperre und Haft. Einige Maßnahmen betreffen nicht allein den Schuldner, sondern auch Organe und frühere Organe, Angestellte und frühere Angestellte (Verweisungen in §§ 21 f. auf § 101 InsO).

697 Die Maßnahmen sind kombinierbar, und andere Maßnahmen sind nicht ausgeschlossen. Allerdings schließt § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO ausdrücklich eine Beschneidung der Immobiliar-Zwangsvollstreckung durch das Insolvenzgericht aus. Die Immobili-

36 Umgekehrt unterstützt gemäß Art. 38 EuInsVO das deutsche Insolvenzgericht ein Eröffnungsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat. Abseits der EuInsVO, aber auch ergänzend zur EuInsVO, gibt § 344 Abs. 1 InsO dem deutschen Insolvenzgericht (§ 348 InsO) die Macht zu vorläufigen Maßnahmen in einem auswärtigen Eröffnungsverfahren, das auf ein Hauptinsolvenzverfahren zielt. Maßnahmen im Ausland aufgrund eines deutschen Eröffnungsverfahrens richten sich nach EuInsVO oder Staatsverträgen und ausländischem Internationalen Insolvenzrecht.

37 *Duursma-Kepplinger* in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Art. 3 EuInsVO, Rn. 49 ff. *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Art. 38 EuInsVO, Rn. 11 ff.

38 *Mönning*, in: *Nerlich/Römermann*, § 24 InsO, Rn. 18.

arvollstreckung läßt sich aber immerhin anhalten, wenn ein vorläufiger Verwalter (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO) bestellt wird. Denn diesem steht es zu, beim Vollstreckungsgericht (§ 1 ZVG) auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen anzutragen (§ 30d Abs. 4 ZVG). Damit ist die Immobiliarvollstreckung nicht gänzlich abgeschlagen, aber – ähnlich wie die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 und in §§ 169, 172 InsO – aufgeschoben.

a) Vorläufiger Verwalter mit oder ohne Eingriff in die Verfügungsgewalt des Schuldners

aa) Zentrale Bedeutung

Aus allen Maßnahmen ragt die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters besonders heraus und steht deswegen zu Recht an der Spitze des Kataloges (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO). Im Eröffnungsverfahren zu einem Kleinverfahren handelt es sich um einen vorläufigen Treuhänder. Die **Befugnisse** des vorläufigen Insolvenzverwalters können sehr unterschiedlich ausfallen. Stets hat der vorläufige Verwalter die Aufgabe, die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu erkunden. Der Schuldner oder seine gegenwärtigen oder früheren Organe oder Angestellten sind dazu ähnlich mitwirkungspflichtig wie nach Eröffnung (§§ 97, 98, 101 mit 22 Abs. 3 Satz 3 InsO). 698

Der Schuldner wird aber nicht zwangsläufig in seiner Verfügungsgewalt beschränkt. Dies ist bereits in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 InsO an der Trennung von Verwalterbestellung und bestimmten, besonders intensiven Beschneidungen für den Schuldner zu erkennen und ergibt sich im übrigen aus den Differenzierungen des § 22 InsO. Das Gericht kann beispielsweise aufgrund von § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 22 Abs. 2 InsO einen Insolvenzverwalter mit der Befugnis bestellen, daß er neben dem Schuldner Geschäfte gegenüber Dritten tätige, oder sogar dem vorläufigen Verwalter jegliche Befugnis zu Geschäftstätigkeit nach außen vorenthalten. 699

bb) »Starker« vorläufiger Verwalter

Die größte Macht hat der vorläufige Insolvenzverwalter, wenn das Gericht dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 InsO) auferlegt. Dann geht die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** vollständig vom Schuldner auf den vorläufigen Verwalter über (§ 22 Abs. 1 Satz 1 InsO). Man spricht gern vom »starken« vorläufigen Insolvenzverwalter. Die früher übliche Bezeichnung als Sequester ist heute ebenfalls noch anzutreffen. Das allgemeine Verfügungsverbot bedeutet Vorwegnahme des Übergangs der Verfügungsgewalt, wie sie bei Verfahrenseröffnung gemäß § 80 Abs. 1 InsO geschieht. Auch die Wirksamkeit verbotswidriger Verfügungen des Schuldners beurteilt sich gemäß dem Verweis in § 24 Abs. 1 InsO auf §§ 81 f. InsO wie nach Eröffnung. Bei Immobiliengeschäften sind Dritte in ihrem guten Glauben nach §§ 892 f. BGB, § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO mit § 24 Abs. 1 InsO geschützt; ähnliches gilt für eingetragene Schiffe und Schiffsbauwerke sowie für eingetragene Luftfahrzeuge. 700

Der gute Glaube richtet sich auf die Verfügungsbefugnis; für Immobilien spricht dies § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB aus. Erst der **Eintrag des Verfügungsverbotes** beseitigt guten Glauben, nicht schon das vom Insolvenzgericht gemäß § 32 Abs. 2 Satz 1 InsO beim Grundbuchamt angebrachte Eintragungsgesuch. Außerdem genügt es, wenn der Dritte zum Zeitpunkt des ihn betreffenden Antrages noch gutgläubig ist (§ 892 Abs. 2 Fall 1 BGB). Es kann also schon das Eintragungsgesuch wegen der Verfügungssperre vorliegen und doch noch der Dritte aufgrund späteren Eintragungsantrages guten Glaubens erwerben. Trotz seiner Amtsermittlungspflicht (§ 26 FamFG) darf das Grundbuchamt die Eintragung des Dritten nicht mit der Aussage verweigern, es müsse zunächst den guten Glauben prüfen. Erst recht darf es nicht die Bearbeitung nach der Reihenfolge der Eingänge gemäß § 17 GBO umstellen und das ältere Gesuch des Dritten bis zur Klärung der Gutgläubigkeit nach hinten setzen, wenn ein Gesuch auf Eintrag einer Verfügungssperre eingeht. Das Grundbuchamt muß den Vorgängen eventuellen gutgläubigen Erwerbs freien Lauf lassen und dessen Klärung den Beteiligten überlassen. Keinen gutgläubigen Erwerb gibt es bei Geschäften über bewegliche Sachen. Denn §§ 24 Abs. 1, 81 InsO sprechen § 932 BGB und verwandte Vorschriften nicht an. 701

702 Guten Glaubens bedarf es nicht, wenn der Schuldner das Geschäft vor der Verfügungsbeschränkung tätigte und auch der Eintragungsantrag noch vorher beim Grundbuchamt einging (§§ 878, 873 Abs. 2 BGB).

703 Die Verweisung in § 24 Abs. 1 InsO schließt die Regelung zur ausnahmsweise noch befreienden Leistung eines Drittschuldners an den Schuldner in § 82 InsO ein. Das zeigt im Umkehrschluß, daß die Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO unausgesprochen grundsätzlich der Leistung an den Schuldner ihre befreiende Wirkung nimmt.

704 Die Vermögensblockade geht nicht weiter, als es die Verfahrenseröffnung täte. Was als unpfändbar nicht Masse würde (§ 36 Abs. 1 InsO), darf auch nicht von vorläufigen Maßnahmen erfaßt werden. An dem Detail der Zuständigkeitsregelung in § 36 Abs. 4 Satz 3 InsO wegen Auseinandersetzung um Beschlagfreiheit ist dies erkennbar. Die Handlungsmöglichkeiten des »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters reichen allenfalls an diejenigen des Verwalters nach Eröffnung[39] heran, übertreffen sie aber nicht. Die Zweifelsfragen sind oft dieselben – so beispielsweise die nicht befürwortenswerte Annahme, der »starke« (oder auch der nur mit Zustimmungsvorbehalt ausgerüstete[40]) vorläufige Verwalter dürfte Lastschriftbuchungen im Gegensatz zum Schuldner selbst beliebig widerrufen[41].

cc) Verfahrensunterbrechung

705 Ebenfalls wie nach Eröffnung (siehe § 240 Satz 1 ZPO) werden mit der Bestellung eines »starken« vorläufigen Verwalters Prozesse, an denen der Schuldner beteiligt ist, unterbrochen (§ 240 Satz 2 ZPO) und können von ihm und von einem klagenden Gegner aufgenommen werden (Verweis auf §§ 85, 86 InsO in § 24 Abs. 2 InsO). Der vorläufige Verwalter ist in gesetzlicher Prozeßstandschaft »Partei kraft Amtes« (vgl. § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Die Unterbrechung ist kein Stillstand, welcher die Verjährungshemmung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) nach § 204 Abs. 2 BGB gefährdet.

dd) Zustimmungsvorbehalt

706 Eine etwas schwächere Stellung hat der vorläufige Verwalter, wenn er den Schuldner zwar nicht aus der Verfügungsgewalt verdrängt, es aber immerhin zu jeder Verfügung des Schuldners auf seine Zustimmung ankommt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO). Auch hier zieht § 24 Abs. 1 InsO die Vorschriften über die Wirksamkeit von Schuldnerverfügungen nach Eröffnung entsprechend heran.

ee) Absolutes Verfügungsverbot

707 Die Unwirksamkeit **maßnahmewidriger Verfügungen** gemäß §§ 81 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 1 InsO ist eine absolute. Es handelt sich nicht um nur relative Nichtigkeit im Sinne von §§ 135, 136 BGB, wie man sie von der Beschlagnahme in der Einzelzwangsvollstreckung kennt. Die Unwirksamkeit begünstigt die Insolvenzgläubiger. Deren Zahl wird zwar bei Eröffnung feststehen. Doch faßt das Insolvenzverfahren sie zu einer Gruppe zusammen und setzt seine eigene Funktionstüchtigkeit als entpersönlichten Zweck darüber. Damit geht der Schutz über bestimmte Personen hinaus. Für das allgemeine Verfügungsverbot (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 InsO) steht die absolute Unwirksamkeit außer Frage[42]. Wäre die Unwirksamkeit nur eine relative, wäre der Verweis auf alle Vorschriften des § 81 InsO, mithin auch auf die Ausnahmeregelung zum gutgläubigen Erwerb im Immobilienverkehr, wegen der umfassenden Regelung in § 135 Abs. 2 BGB überflüssig und irreführend. Besondere, lediglich einzelne Gegenstände betreffende Verfügungsverbote (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO) hingegen sind auf den ersten Blick mit der Beschlagnahme in der Zwangsvollstreckung vergleichbar. Sie wirken nach beachtlicher

39 Siehe unten Rn. 899 ff.

40 Unten Rn. 706.

41 Siehe BGH, Urteil vom 21. September 2006 – IX ZR 173/02, NZI 2006, 697; BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 – IX ZR 217/06, ZInsO 2007, 1216 ff. Hiergegen zutreffend BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – XI ZR 283/07, DZWIR 2009, 67 ff. Ferner unten Rn. 901 zur gleichen Problematik nach Eröffnung.

42 Siehe *Haarmeyer*, in: MünchKomm, § 21 InsO, Rn. 55; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 21 InsO, Rn. 17.

Meinung §§ 135 f. BGB nur zugunsten der Insolvenzgläubiger[43]. Doch muß man bedenken, daß die **Schutzrichtung aller Maßnahmen** unabhängig von ihrer Reichweite und von ihrer Publizität (§ 23 InsO betrifft nur die in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO ausdrücklich genannten Maßnahmen) stets dieselbe ist. Es kommt also nicht darauf an, ob eine gewisse Verfügung aufgrund umfassender oder aufgrund spezieller Anordnung unwirksam ist. Auch die Einzelanordnung wird man daher als absolut wirkend einschätzen müssen[44]. Der das ganze Vermögen belegende allgemeine Zustimmungsvorbehalt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) steht dem allgemeinen Verfügungsverbot näher als dem Einzelverbot. In § 24 Abs. 1 InsO ist es dem allgemeinen Verbot gleichgestellt und daher erst recht ebenso wie dieses als absolut wirkend anzusehen[45].

ff) Ausnahmsweise wirksamer Erwerb aus dem Schuldnervermögen

Allerdings ist nicht schlechthin **jeglicher Erwerb Dritter** aus dem Schuldnervermögen ohne Beteiligung des vorläufigen »starken« oder zur Zustimmung berufenen Verwalters ausgeschlossen: Die Auffangnorm des § 91 Abs. 1 InsO wird von § 24 Abs. 1 InsO nicht zitiert. Erwerb aus der Masse ohne Schuldnerverfügung kann demnach gelingen. Es gelingt auch ein Erwerb aus der Masse aufgrund einer Schuldnerverfügung aus der Zeit vor der Maßnahme, zu welcher noch nach der Maßnahme ein weiterer Schritt gehörte, welcher den Erwerb erst vollendet. Fälle solchen mehraktigen, gestreckten Erwerbs sind beispielsweise Einigung und Übergabe (§ 929 Satz 1 BGB), Einigung und Eintragung (§ 873 Abs. 1 BGB), Einigung und Bedingungseintritt (§ 158 Abs. 1 BGB), Einigung und Übergabe des Briefes (§§ 873 Abs. 1, 1116 f., 1192 Abs. 1 BGB), Einigung und Erwerb des Besitzes am Werkobjekt (§ 647 BGB), antizipierte Abtretung (§ 398 BGB) und Entstehen der zedierten Forderung[46]. Im Interesse des Erwerbers spätere Schritte (z.B. aufschiebende Bedingung) nur noch als Erwerbsbekräftigung zu empfinden und so § 91 Abs. 1 InsO zu umgehen[47], spielt für vorläufige Verfügungsbeschränkungen keine Rolle, weil § 91 InsO hier von vornherein nicht gilt[48]. 708

gg) Freigabe

Unbenommen bleibt die **Freigabe**[49], das heißt, daß der vorläufige Verwalter dem Schuldner die alleinige Verfügungsgewalt über einzelne Gegenstände zurückgewährt. Die Freigabe kann vollkommen sein oder als sogenannte modifizierte Freigabe eine bloße Ermächtigung oder Vollmacht zur Betätigung nach Weisung des vorläufigen Verwalters. Unbenommen bleibt auch, den Schuldner beziehungsweise seine Organe unter völliger Eingliederung in die Verwaltungs- und Verfügungsgewalt des vorläufigen Verwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsaufgaben zu betrauen. Eventuell geht der vorläufige Verwalter mit dem Schuldner sogar ein Anstellungsverhältnis ein, nachdem ohnehin in analoger Anwendung von § 100 Abs. 2 Satz 1 InsO[50] dem Schuldner aus dem verwalteten Vermögen Unterhalt bereitgestellt werden muß.[51] 709

hh) »Schwacher« vorläufiger Verwalter

Wenn die Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit geringeren als den in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 InsO vorgesehenen Einschnitten in die Verfügungsgewalt des Schuldners verknüpft ist, so wird der vorläufige Verwalter gern als »schwach« oder als »halbstark« bezeichnet. Die Grenze zwischen »schwach« und »halbstark« ist unscharf. Überwiegend scheint derjenige vorläufige Insolvenzverwalter »halbstark« genannt zu werden, welcher immerhin in Teilbereichen ohne Mitwirkung des Schuldners Verfügungen über dessen Vermögen treffen darf. Dem Gesetz 710

43 *Mönning*, in: *Nerlich/Römermann*, § 24 InsO, Rn. 7; *Uhlenbruck*, § 21 InsO, Rn. 23.

44 *Haarmeyer*, in: MünchKomm, § 21 InsO, Rn. 59; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch, Rn. 3.267, 3.271.

45 *Haarmeyer*, in: MünchKomm, § 21 InsO, Rn. 63. Anders *Mönning*, in: *Nerlich/Römermann*, § 24 InsO, Rn. 7.

46 Zahlreiche Beispiele mehraktiger Erwerbe bei *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 10 ff.

47 Siehe *Breuer*, in: MünchKomm, § 91 InsO, Rn. 19.

48 Siehe BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – IX ZR 102/03, NJW 2007, 1588, 1589. Für die Zeit nach Eröffnung vgl. unten Rn. 904 f.

49 Vgl. oben Rn. 407 ff.

50 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 100 InsO, Rn. 8.

51 Wegen Arbeitsvertrages mit dem Schuldner nach Eröffnung siehe unten Rn. 863.

sind die Begriffe »stark«, »halbstark« und »schwach« fremd, so daß es auf eine genaue Definition vorderhand nicht ankommt; doch muß man bei der Lektüre in Literatur und Rechtsprechung darauf achten, was der jeweilige Verfasser mit dem Begriff meint. Die **Handlungsgewalt des vorläufigen Verwalters** legt das Gericht gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO im einzelnen fest. Dabei muß das Insolvenzgericht um größtmögliche Genauigkeit bemüht sein[52]. Die einzeln zugewiesene Aufgabe darf nicht aus dem Aufgabenkreis herausfallen, den ein starker vorläufiger Verwalter hätte (§ 22 Abs. 2 Satz 2 InsO). Auch darf sich nicht die Verdrängung des Schuldners aus der Verfügungsgewalt über Teile seines Vermögens als ein allgemeines Verfügungsverbot entpuppen, denn dann würde entgegen § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO ein »starker« Verwalter berufen. Wohl hingegen können die in § 22 Abs. 1 Satz 2 InsO genannten Aufgaben eines »starken« vorläufigen Verwalters einem »schwachen« überantwortet werden. Denkbar ist die Verdrängung des Schuldners nur in einem Teilbereich seines Vermögens, zum Beispiel in einem Betrieb (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO), oder nur wegen bestimmter Vermögensgegenstände, zum Beispiel wegen der Forderungspflege. Über die ebenfalls mögliche Bestellung allein zu sichtenden und gutachterlichen Aufgaben wurde oben[53] schon gesprochen.

ii) Unbenommene Anfechtung nach Eröffnung

711 Soweit die vorläufigen Maßnahmen den Erwerb Dritter nicht vereiteln, kann nach Eröffnung immer noch Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) den Gegenstand zur Masse zurückziehen. Das betrifft vor allem die Fälle, in denen der Schuldner in seiner Verfügungsgewalt nicht gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO beschränkt ist. Aber auch gutgläubigen Erwerb kann Anfechtung durchbrechen, ferner Erwerb ohne Schuldnerverfügung und mehraktigen Erwerb mit Verfügung schon vor der beschränkenden Maßnahme.

jj) Vorläufiger Verwalter vor Eigenverwaltung

712 Einen vorläufigen Insolvenzverwalter kann das Insolvenzgericht auch dann einsetzen, wenn es für das eröffnete Verfahren Eigenverwaltung (§ 270 ff. InsO) erwägt[54]. Bei der Bestimmung des Aufgabenkreises und bei der Wahl der sonstigen Maßnahmen wird es allerdings darauf zu achten haben, daß nicht die von späterer Eigenverwaltung fruchtbar zu machenden Entwicklungschancen im Ansatz gekappt werden[55]. Die Bestellung eines externen »starken« vorläufigen Verwalters wird mit dem angestrebten Ziel einer Eigenverwaltung kaum je vereinbar sein. Diese Sorge wiegt um so schwerer, wenn man – entgegen hier vertretener Meinung[56] – die Bestellung eines vorläufigen Eigenverwalters nebst vorläufigem Sachwalter für ausgeschlossen hält.

kk) Wechsel im Schuldnerorgan

713 Den vorläufigen Insolvenzverwalter darf man nicht mit einem neu bestellten Schuldnerorgan verwechseln. Die Organschaft (beispielsweise eine Vorstandsposition) kann nämlich auch von Personen aus dem Kreise der Insolvenzverwalter bekleidet werden[57]. Doch sind sie dann nicht Verwalter, sondern allein Organ. Es befindet auch nicht das Insolvenzgericht über die Berufung zum Organ, sondern die Gesellschaft selbst. Denn soweit auch immer einer Gesellschaft die Verfügungsgewalt über ihr Vermögen im Eröffnungsverfahren (oder später mit der Verfahrenseröffnung) entzogen wird, behält sie doch stets einen Grundbestand von Autonomie und kann ihre Angelegenheiten aus eigener Machtvollkommenheit regeln. Gesetzlich (im Zusammenhang mit einem Insolvenzplan) ausdrücklich behandelter Fall solcher Selbstregulierung ist der Fortsetzungsbeschluß (siehe z.B. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG).

ll) Keine Verwertung vor Eröffnung

714 Der **vorläufige Verwalter** hat nur die **Aufgabe der Massesicherung**. Er darf noch nicht im Vorgriff auf das eröffnete Verfahren zur Masseverwertung schreiten. Die Aufgabenbeschreibung des »starken« vorläufigen Verwalters in § 22 Abs. 1 Satz 2 InsO enthält keine Parallele zur Verwertungsaufgabe des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren nach § 159 InsO – weder

52 BGH, Urteil vom 18. Juli 2002 – IX ZR 195/01, ZIP 2002, 1625, 1629 f.
53 Siehe oben Rn. 687.
54 Beispiel in AG Duisburg, Beschluß vom 1. September 2002, ZIP 2002, 1636 ff.
55 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 270 InsO, Rn. 8, 22.
56 Siehe oben Rn. 316.
57 Beispiel in AG Duisburg, ZIP 2002, 1636 ff.

im allgemeinen noch bezüglich des künftigen Absonderungsgutes (nach Eröffnung: § 165 ff. InsO in Ergänzung zu § 159 InsO)[58]. Verwertung kann sich auch nicht unter den ungenannten Aufgaben des vorläufigen Verwalters finden lassen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Berichtstermin (§§ 156 f. InsO) wären leere Formalie, wenn die zentrale Angelegenheit der Versilberung oder gar auch noch der Gläubigerbedienung (siehe § 1 Satz 1 InsO) schon von einem erst noch zu prüfenden Eröffnungsantrag ausgelöst würde. Die dem »starken« vorläufigen Verwalter verschlossene Verwertung kann das Insolvenzgericht auch nicht einem vorläufigen Verwalter mit individueller Aufgabenbestimmung (§ 22 Abs. 2 Satz 1 InsO) auftragen. Denn die einzeln erteilten Aufgaben dürfen, wie schon gesagt[59], nicht über das gesetzliche Aufgabenprogramm des »starken« vorläufigen Verwalters hinausgehen (§ 22 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Sehr wohl allerdings kann es zur Bewirtschaftung der Masse innerhalb der Aufgaben des vorläufigen Verwalters gehören, Vermögenswerte in Geld umzusetzen. So werden, wenn die Betriebsfortführung der Massesicherung dient, aus der Produktion des Schuldners weiter Waren verkauft. Je nach den Umständen (Saisonablauf; Entwicklung von Nachfolgeprodukten; Verderblichkeit; Marktveränderung; Änderung des Steuerrechts) können auch Verkäufe zu ungünstigeren als den regulären Konditionen zum bestmöglichen Masseerhalt zählen; im Gegenteil wäre es Aufgabenverletzung, wenn der Verwalter einem Werteverfall tatenlos zusähe. Auch fallen bei der Forderungspflege Einnahmen an. Einziehen von Forderungen ist nicht nur vermögensliquidierende Verwertung (vgl. § 166 Abs. 2 Fall 1 InsO), sondern zunächst einmal Tagesgeschäft[60]. 715

Äußerlich ist die Erlöserzielung im Rahmen der Bewirtschaftung oft nicht von der Erlöserzielung im Rahmen der Verwertung zu unterscheiden. Dies erklärt die Meinungsverschiedenheiten und Unsicherheit darüber, ob der vorläufige Verwalter nicht vielleicht doch verwerten dürfe und müsse[61]. Jedenfalls im gedanklichen Ansatz ist die Entscheidung leicht: wenn der Zweck einer Geld erlösenden Handlung über die schiere Erlöserzielung hinausgeht und die Pflege der Masse mitschwingt, liegt keine verbotene Verwertung vor, sondern gebotene Massesicherung. Der vorläufige Verwalter ist dabei nicht etwa auf Notgeschäftsführung (im Sinne von §§ 727 Abs. 2, 728 Abs. 2, 744 Abs. 2 BGB, 118 InsO) beschränkt, sondern handelt ganz so, wie es vernünftigerweise der Schuldner selbst täte. 716

mm) Keine Anfechtung vor Eröffnung

Auch Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) ist nicht Aufgabe eines vorläufigen Verwalters. Wohl kann er, soweit er überhaupt an Stelle des Schuldners handeln darf, im Rahmen der Massesicherung die dem Schuldner nach bürgerlichem Recht zustehenden Rechte zur Rückholung ausüben, zum Beispiel durch Rücktrittserklärung, Kündigung oder Rückforderung ungerechtfertigter Bereicherung. 717

b) Beschränkung von Zwangsvollstreckung, Sicherheitenverwertung und Herausgabe

Vollstreckungssperren nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO oder § 30d Abs. 4 ZVG sind Vorgriff auf die Vollstreckungssperre im eröffneten Verfahren (§§ 89 f. InsO). Wer nach Eröffnung Absonderungsberechtigter würde, wird für die Sperre spätestens nach drei Monaten durch Zinszahlung entschädigt (§ 169 Satz 2 InsO; § 30e Abs. 1 Satz 2 ZVG). Dieser Zahlungsbeginn kann je nach dem Lauf der Dinge noch vor der Eröffnung liegen oder danach. Vorgriff auf das eröffnete Verfahren ist auch, die Verwertung von Mobiliarsicherheiten nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO zu unterbinden, wenn die Verwertung nach Eröffnung gemäß § 166 InsO Verwalterangelegenheit würde. Der Sicherungseigentümer kann nun nicht mehr freihändig das ihm übertragene Warenlager verwerten. Der Sicherungszessionar kann die ihm abgetretenen Forderungen 718

58 BGH, Beschluß vom 14. Dezember 2000 – IX ZB 105/00, NJW 2001, 1496, 1497; BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 – IX ZR 81/02, DZWIR 2003, 332, 334; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 166 InsO, Rn. 8.

59 Siehe oben Rn. 710.

60 BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 – IX ZR 81/02, DZWIR 2003, 332, 334.

61 Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 22 InsO, Rn. 35 ff.

nicht einziehen. Damit ist die Verwalterkompetenz nach Eröffnung (§ 166 Abs. 1, Abs. 2 InsO) vor Aushöhlen bewahrt. Die Verhinderung nicht nur zweifelhafter, sondern auch berechtigter Vorabaussonderungen nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO (Herausgabe von Sachen an Dritte; Anerkennung der Rechtsinhaberschaft Dritter) hat keine Entsprechung im Wortlaut der Regeln zum eröffneten Verfahren (§ 47 InsO) – von der Hemmung abgesehen, die das Aussonderungsbegehren eines Gesellschafters in der Insolvenz der Gesellschaft nach § 135 Abs. 3 InsO erleiden kann[62]. Doch ist die Praxis der Insolvenzverwaltung weit verbreitet, für betriebswichtig erachtete Objekte trotz klarer Massefremdheit nur zögerlich loszulassen. Diese bedenkliche Handhabung erkennt der Gesetzgeber mittelbar an, indem er sogar schon vor Eröffnung dem Dritten den Genuß seines nicht zum Schuldnervermögen gehörigen Rechts zu verweigern ermöglicht. Die in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO vorgesehene Entschädigung lindert die Problematik zwar, enthebt die Insolvenzgerichte aber nicht von dem Bemühen um äußerste Zurückhaltung.

c) Postsperre und Haft

719 Die vorläufige Postsperre ist gemäß dem Verweis in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 InsO der nach Eröffnung möglichen Postsperre nachgebildet. Die hiermit verbundene Beschränkung des Brief- und des Postgeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 Fälle 1 und 2 GG) ist Beschränkung aufgrund eines Gesetzes gemäß Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG. Dem Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) ist in § 102 InsO Genüge getan.

720 Auch die – besonders streng nach den Regeln der Verhältnismäßigkeit zu prüfende – Inhaftnahme zur Durchsetzung von Mitwirkungspflichten des Schuldners entspricht der Verhaftung nach Eröffnung (Verweis in § 22 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 InsO auf § 98 InsO). Sogar noch weitherziger als § 98 InsO für das eröffnete Verfahren gestattet § 21 Abs. 3 InsO die Verhaftung zur Massesicherung; anders als § 98 InsO knüpft § 21 Abs. 3 InsO nicht an die Mitwirkungspflichten des Schuldners an.

d) Nicht im Gesetz aufgezählte Maßnahmen

721 Von der **Generalermächtigung in § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO gedeckte** anderweitige **Maßnahmen** zur Massesicherung können unter anderem sein:

- Einfrieren von Sicherungsgut, soweit das nicht schon zwecks Betriebsfortführung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO möglich ist.[63] Der Sicherungseigentümer kann nun nicht mehr freihändig das ihm übertragene Warenlager verwerten. Der Sicherungszessionar kann die ihm abgetretenen Forderungen nicht einziehen. Damit ist die Verwalterkompetenz nach Eröffnung (§ 166 Abs. 1, Abs. 2 InsO) vor Aushöhlen bewahrt.
- Verbot an den Schuldner, über bestimmte Gegenstände oder Gruppen von Gegenständen zu verfügen.
- Verbot an den Schuldner, Forderungen bei seinen Drittschuldnern einzuziehen. Ähnlich dem Inhibitorium bei der Forderungspfändung nach § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

62 Siehe unten Rn. 975, 994.

63 Beispiel für Verbot, zur Sicherheit abgetretene Forderung einzuziehen, bei BayObLG, Beschluß vom 6. August 2001 – 4Z BR 7/01, ZInsO 2001, 754 f.

- Verbot an den Schuldner, eine ihm vom Sicherungszessionar gewährte (und noch nicht wegen der Krise widerrufene oder von selbst erloschene[64]) Einziehungsermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB analog) weiter zu benutzen.
- Unterbinden angeblicher Vorabaussonderungen (Herausgaben an Dritte; Anerkennung der Rechtsinhaberschaft Dritter), soweit nicht schon zur Betriebsfortführung ausdrücklich § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO Anordnungen erlaubt.
- Betriebsstillegung.
- Baustopp.
- Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses. Die von § 67 Abs. 1 InsO ermöglichte Bildung eines Gläubigerausschusses vor der ersten Gläubigerversammlung steht zwar systematisch nach der Eröffnung. Ihr Wortlaut paßt jedoch auch schon auf die Zeit vor der Eröffnung. Die Anwendung von § 67 Abs. 1 InsO bereits im Eröffnungsverfahren entspricht verbreiteter Meinung[65].

Soweit Sicherungsnehmer an der Verwertung gehindert werden, steht ihnen nach Maßgabe von § 169 Satz 2 InsO Zinszahlung zu. 722

3. Rechtliches Gehör, Rechtsschutz und Aufhebung

Der Schuldner und andere von den vorläufigen Maßnahmen in ihrer Dispositionsfreiheit Beschnittene haben das **Recht auf Gehör** gemäß Art. 103 Abs. 1 GG. Dieses Recht besteht nicht nur dort, wo es bei der Regelung der Maßnahme besonders erwähnt wird (so in § 99 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das Gehör ist grundsätzlich vorab einzuräumen, doch gibt es davon Ausnahmen, wenn die Gefahr besteht, daß gerade das Gehör Aufmerksamkeit weckt und Aktivitäten provoziert, welche erst recht die Vermögenslage zum Nachteil der Gläubiger verändern. Das ist ausdrücklich in § 99 Abs. 1 Satz 2 InsO für die Postsperre bestimmt, gilt aber auch ganz allgemein. Wo Gehör vorab unterbleibt, ist es aber zumindest nachzuholen (so ausdrücklich § 99 Abs. 1 Satz 3 InsO; wiederum einen allgemeinen Gedanken ausdrückend). Bei Unerreichbarkeit unterbleibt die Anhörung gemäß § 10 InsO ganz. Diese in § 10 InsO getroffene Regelung ist nicht frei von verfassungsrechtlichen Bedenken. Ihnen muß man mit verfassungskonform zurückhaltender Anwendung des Gehörsverzichts begegnen[66]. 723

Gegen jede vom Insolvenzgericht verhängte Maßnahme kann der Schuldner gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO mit der **Beschwerde** vorgehen. Für einige Maßnahmen gibt es dazu noch besondere Bestimmungen (zum Beispiel in §§ 98 Abs. 3 Satz 3, 21 Abs. 3 Satz 3 InsO). Darüber hinaus kann sich jenseits der Maßnahmenanordnung oder der anderen in der Insolvenzordnung für beschwerdefähig erachteten Schritte nach § 567 Abs. 1 ZPO eine Beschwerdemöglichkeit ergeben, wenn das Gericht eine Entscheidung aufgrund der Zivilprozeßordnung fällte. Dazu kommt es entweder wegen der allgemeinen Verweisung in § 4 InsO oder wegen der besonderen Verweisung in Haftfragen auf §§ 904 ff. ZPO durch §§ 98 Abs. 3 Satz 1, 21 Abs. 3 Satz 3 InsO. 724

Die Kompetenz des Insolvenzgerichts zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen schließt auch außerhalb eines Beschwerdeverfahrens ohne weiteres die Kompetenz zur **Wiederaufhebung** ein. Das **Insolvenzgericht** bleibt stets **Herrscher über die Sicherungsmaßnahmen.** In den Vorschriften des § 25 InsO über die Folgen einer Aufhebung ist das bereits vorausgesetzt, nicht erst begründet. Anträge auf Aufhebung sieht das Gesetz nicht vor. Unbenommen bleiben Anregungen. Ausdrücklich ist die Aufhebung der vom Vollstreckungsgericht verhängten einstwei- 725

64 BGH, Urteil vom 6. April 2000 – IX ZR 422/98, KTS 2000, 415. 419, hält sich, weil die Krise für den Schuldner und erst recht für Außenstehende schwierig zu erkennen sei, mit der Annahme zurück, daß die Einziehungsermächtigung in der Krise von selbst ende. Der Verweis auf die schwierige Erkennbarkeit ist insoweit wenig glücklich, als die Anfechtungstatbestände dem Anfechtungsgegner durchaus eine Würdigung abfordern.

65 Siehe oben Rn. 330.

66 Siehe oben Rn. 240.

ligen Vollstreckungssperre betreffend Immobilien geregelt (§ 30f ZVG); sie setzt dort allerdings einen Antrag voraus.

726 Abwahl eines vorläufigen Verwalters durch die Gläubigerversammlung gibt es nicht. Das Organ Gläubigerversammlung entsteht erst mit der Eröffnung. Die Vorschriften des § 57 InsO über die Wahl eines anderen Insolvenzverwalters wird nicht in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO analog herangezogen.

4. Publizität vorläufiger Maßnahmen

727 Eine Verbindung von Bestellung vorläufigen Verwalters nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO mit einer Verfügungsbeschränkung zu Lasten des Schuldners nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO wird gesondert zugestellt, publiziert und registriert (§§ 23, 8, 9 InsO). Auch versendet das Insolvenzgericht diverse Mitteilungen an Gerichte und Behörden (XIIa/1 MiZi aufgrund von §§ 12, 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG). Die Drittschuldner werden aufgefordert, nur noch nach Maßgabe der insolvenzgerichtlichen Entscheidung an den Schuldner zu leisten (§ 23 Abs. 1 Satz 3 InsO); dies ähnelt dem Arrestatorium bei der Forderungspfändung (§ 829 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Zur Sicherheit abgetretene Forderungen betrifft die Arrestierung der Forderungen jedoch nicht; sie ordnet nämlich nur die Empfangszuständigkeit im Verhältnis von Schuldner und vorläufigem Verwalter zueinander. Fixierung der vom Schuldner als Sicherheit eingesetzten Forderungen im Verhältnis zum Sicherungsinhaber bedarf einer eigenen Anordnung des Insolvenzgerichts.

728 **Europaweite Bekanntmachung und Registrierung ist nicht vorgesehen**; Art. 21 f. EuInsVO betreffen nur Entscheidungen zur Eröffnung und danach. Es drängt sich jedoch auf, Art. 21 f. EuInsVO analog auf die vorläufigen Maßnahmen anzuwenden und auch sie europaweit bekanntzumachen und zu registrieren, soweit sie dem Schuldner ähnlich der Eröffnung Verfügungsgewalt entziehen.

729 Die der Anordnung gegenläufige **Aufhebung** hat dieselbe **Publizität** wie die Anordnung (§ 25 Abs. 1 InsO; XIIa/1 MiZi). Gleichgültig ist, ob die Aufhebung im Beschwerdewege erfolgt oder außerhalb dessen. Einträge in Registern werden gelöscht. Scheidet ohne Aufhebung der vorläufigen Verwaltung ein Gegenstand ordnungsgemäß aus dem Beschlag aus, so wird ein Registervermerk ebenfalls gelöscht (§§ 32 Abs. 3, 33 InsO).

730 Bei der Aufhebung findet sozusagen ein kleiner Konkurs über die Verbindlichkeiten statt, welche nach der Eröffnung Masseschulden wären (§ 25 Abs. 2 InsO). Ähnliches kennt das Gesetz bei der Einstellung eines eröffnetes Insolvenzverfahrens wegen Masseunzulänglichkeit (§ 209 InsO).

IV. Anhäufung von Masseschulden während des Eröffnungsverfahrens

Literatur: *Schönfelder*, Die Besicherung von Massekrediten im Insolvenzeröffnungsverfahren – Eine umgekehrte Schnittstelle von Anfechtungs- und Kreditsicherungsrecht, WM 2007, 1489 ff.

731 Nicht erst nach Eröffnung, sondern schon während des Eröffnungsverfahrens türmen sich Masseschulden im Sinne von § 53 InsO auf. Allerdings treten diese Masseverbindlichkeiten erst mit Eröffnung als solche in Erscheinung. Denn erst mit Eröffnung kommt es zum geordneten Befriedigungsverfahren, in welchem Massegläubiger den Vortritt haben. Zu den noch aus dem Eröffnungsverfahren herrührenden Masseschulden werden dann Teile der **Gerichtskosten** einschließlich des auf die Staatskasse übergegangenen Anspruchs eines gemäß § 4a Abs. 2 Satz 1 InsO dem Schuldner beigeordneten Anwaltes zählen (§§ 54 Nr. 1 InsO, 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 3 Abs. 2 GKG mit Nummern 2310, 2311 der Anlage; § 59 RVG). Auch **Vergütungen** für den vorläufigen Verwalter und für Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses fallen darunter (§§ 54 Nr. 2, 63 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 1 InsO mit InsVV.

Erheblichen Umfang können schließlich die **Verbindlichkeiten** aus der vom vorläufigen Verwalter betriebenen **Bewirtschaftung** gemäß § 55 Abs. 2 InsO annehmen. Dies betrifft aber nur die Tätigkeit eines »starken« vorläufigen Verwalters im Sinne von § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO. Masseschulden sind die vom »starken« vorläufigen Verwalter begründeten Verbindlichkeiten (§ 55 Abs. 2 Satz 1 InsO). Schon der »halbstarke« Verwalter (der neben dem Schuldner verfügungsbefugte Verwalter) und erst recht jeder »schwache« Verwalter erzeugen keine Masseschulden. Die weithin für möglich erachtete und von Insolvenzgerichten gern praktizierte Berufung eines »schwachen« vorläufigen Verwalters (oder gar die Betrauung des Schuldners) mit der ausdrücklichen Befugnis zur Begründung näher bezeichneter Masseschulden (deswegen zum »halbstarken« Verwalter aufrückend)[67] ist vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckt und kann auch nicht leicht den Sinn des Gesetzes für sich vereinnahmen. Denn es ist durchaus nachvollziehbar, daß nur der Auftritt eines umfassend befugten vorläufigen Verwalters wie der Auftritt eines Verwalters im eröffneten Verfahren Masseverbindlichkeit erzeugt. Einzelne Geschäftspartner (etwa die ein Darlehen zum Rettungsversuch gewährende Bank) durch Sonderanordnung zu bevorzugen steht dem Insolvenzgericht nicht zu. Man kann diese einschränkende Sicht in der Regel »alle oder keiner« ausdrücken. Der vorläufige Verwalter muß wegen der von ihm hervorgerufenen Masseschulden mit persönlicher Inanspruchnahme rechnen (§§ 61, 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO)[68]. Auf der anderen Seite erscheint es unangemessen, nur um der Eigenschaft einzelner zur Masseerhaltung notwendig werdender Verbindlichkeiten als Masseverbindlichkeiten willen zu dem einschneidenden Instrument zu greifen, einen »starken« vorläufigen Insolvenzverwalter zu berufen. Zu befürworten ist deswegen eine mittlere Lösung, wonach das Insolvenzgericht dem nicht »starken« vorläufigen Verwalter zugesteht, genau bezeichnete einzelne Geschäfte zu Lasten der etwaigen Masse zu tätigen[69]. Art, Umfang, Zweck und Zeitrahmen des Geschäfts sind als Rahmenbedingungen vorzugeben. Je offener die Ermächtigung gefaßt ist, desto größer ist das Risiko ihrer Kraftlosigkeit. 732

Die zur Masseschuld aufrückende Verbindlichkeit kann der »starke« vorläufige Verwalter rechtsgeschäftlich oder auf andere Weise begründet haben. Die bloße Fortentwicklung einer noch vom Schuldner begründeten Verpflichtung zur vollen Reife fällt allerdings nicht unter § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO. Eine Masseschuld liegt also nicht schon deswegen vor, daß während der vorläufigen Verwaltung Fälligkeit oder eine aufschiebende Bedingung eintritt, die Einrede des nichterfüllten Vertrages fortfällt, weitere Verzugszinsen auflaufen oder, im Falle einer Schadensersatzverpflichtung, ein weiterer Schadensposten entsteht. Wohl hingegen wird sich aus dem erstmals unter vorläufiger Verwaltung eintretenden Schuldnerverzug eine Masseverbindlichkeit wegen Verzinsung oder Verzugsschadens (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 BGB) ergeben. Masseverbindlichkeit entsteht auch aus dem Rücktritt des Gläubigers, den der vorläufige Verwalter wegen Nichterfüllung eines schon vom Schuldner eingegangenen Vertrages (§ 323 Abs. 1 BGB) veranlaßt. Masseschulden sind ferner die aus der Wirtschaft des »starken« vorläufigen Verwalters entstehenden Abgabenverpflichtungen. Namentlich können Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Kraftfahrzeugsteuer, Grundsteuer anfallen. Wie viele andere Abgaben auch, fallen die beispielhaft genannten Steuern jährlich an. Kaum je aber wird 733

67 *Hefermehl*, in: MünchKomm, § 55 InsO, Rn. 213; *Spliedt*, ZIP 2001, 1941. BGH, Urteil vom 18. Juli 2002 – IX ZR 195/01, ZIP 2002, 1625 ff. hält unmittelbare oder analoge Anwendung von § 55 Abs. 2 InsO auf einen vorläufigen Verwalter, dem das Insolvenzgericht pauschal die Macht zur Begründung von Masseverbindlichkeiten gab, für ausgeschlossen und verneint damit die Wirksamkeit einer derartigen Anordnung.

68 Siehe oben Rn. 353.

69 Siehe BGH, ZIP 2002, 1625, 1629, der die Begründung von Masseschulden nach präziser Anweisung des Insolvenzgerichts für denkbar hält.

der Verwalter genau zum Jahreswechsel bestellt. Das zieht die Notwendigkeit auch sich, den Veranlagungszeitraum einer jährlich (oder sonst periodisch) erhobenen Abgabe zu teilen und die Steuer anteilig zu berechnen. Für die Zeit bis zum Einsatz des »starken« vorläufigen Verwalters ist sie Insolvenzforderung nach § 38 InsO, erst für die Zeit seit Einsetzung Masseverbindlichkeit.[70]

734 Außerdem sind Masseschulden die anteiligen Verpflichtungen des Schuldners aus den von ihm schon vor der Sicherungsmaßnahme begründeten Dauerschuldverhältnissen, soweit der »starke« vorläufige Verwalter die Gegenleistung empfängt (§ 55 Abs. 2 Satz 2 InsO). Masseschuld ist daher beispielsweise der auf die Zeit der Bewirtschaftung entfallende laufende Mietzins für die vom Schuldner gemieteten Büroräume. Derartige Aufspaltung einer eigentlich einheitlichen Obligation kehrt mit Eröffnung wieder (§§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 105, 108 Abs. 3 InsO).

Neben der Frage nach Begründung einer Masseverbindlichkeit stellt sich (bei Dauerschuldverhältnissen wie bei anderen Verbindlichkeiten) diejenige nach einer persönlichen Garantieerklärung des Verwalters. Unbedachte Äußerungen des Verwalters können ihn in eine Garantiehaftung reißen.[71] Die gleiche Frage stellt sich später nach Eröffnung erneut.[72]

735 Manche Masseverbindlichkeit wird freilich bereits bei Eröffnung erledigt sein. Anfechtung der durch das Handeln des »starken« vorläufigen Verwalters mit Masseschuldcharakter ausgestatteten Verpflichtungen und Anfechtung von Leistungen, die der »starke« vorläufige Verwalter gewährte, scheint der Wortlaut von §§ 129 ff. InsO zu ermöglichen. Doch widerspräche Anfechtbarkeit der vom Gesetzgeber eigens eingerichteten Bevorzugung[73]. Unberührt bleibt die persönliche Haftung des vorläufigen Verwalters (§§ 60, 61, 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO).

70 *Heyer*, S. 45, m.w.N.

71 Beispiel: BAG, Urteil vom 25. Juni 2009 – 6 AZR 210/08, ZInsO 2009, 1648 ff., betreffend Arbeitsentgelte.

72 Siehe unten Rn. 1099.

73 Siehe Rn. 623.

§ 16 Kostenschätzung und Kostenvorschuß. Stundung der Kosten. Nichteröffnung mangels Masse.

Literatur: *Budde*, Die Haftungsverwirklichung in der masselosen Insolvenz der Kapitalgesellschaft, 2006; *Eickmann*, Massearmut im Insolvenzeröffnungsverfahren – Vergütungs- und verfahrensrechtliche Probleme, DZWIR 2004, 412 f.; *Haarmeyer/Suvacarevic*, Praxis der Abweisung mangels Masse. Ergebnisse einer Feldstudie zur Ermittlung und Bewertung schuldnerischen Vermögens, ZInsO 2006, 953 ff.; *Häusler*, Die Bedeutung der Kosten für die Eröffnung und Durchführung des Insolvenzverfahrens, 1999; *Keller*, Vergütung und Kosten im Insolvenzverfahren, 2. Aufl., 2007; *Kröpelin*, Die massearme Insolvenz, 2003; *Kübler*, Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach neuem Recht, in: Kölner Schrift, S. 967 ff.; *Metzger*, Verfahrenskostendeckende Masse, 2002; *Nitzsche*, Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozeßkostenfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts, 2003; *G. Pape*, Massearme Verfahren nach der InsO. Aktuelle Probleme und Lösungsansätze, 2003; *Rattunde/Röder*, Verfahrenseröffnung und Kostendeckung nach der InsO, DZWIR 1999, 309 ff.; *Zipperer*, Die Nichterweislichkeit des Insolvenzgrundes oder Abweisung mangels Masse: Zum Rechnen mit Unbekannten, NZI 2003, 590 ff. Siehe auch Hinweise zu § 13 (vor Rn. 548).

Über die Bindung des Insolvenzverfahrens an die Deckung seiner Kosten wurde im Allgemeinen Teil schon gesprochen[1]. Bei der Schilderung der Abläufe ist nun darauf zurückzukommen. Trotz wirklicher Insolvenz leistet das Insolvenzgericht gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO einem befugten Eröffnungsantrag keine Folge, wenn man den in § 1 InsO beschriebenen Verfahrenszielen aus Mangel an vorhandenen oder erlösbaren flüssigen Mitteln nicht wenigstens um einige Schritte wird näher kommen können. Die in erster Linie stehende Befriedigung der Gläubiger ist nur dann möglich, wenn nach Abzug der vorrangigen Verfahrenskosten (§ 54 InsO) noch etwas übrig bleibt. Dieser Zusammenhang belastet auch die nachgeordnete Aussicht auf Restschuldbefreiung. Restschuldbefreiung benötigt zwar eigentlich keine weiteren Mittel als zur Deckung der Verfahrenskosten erforderlich. Sie kann ohne jegliche Gläubigerbefriedigung geschehen. Doch ist sie **untrennbar** mit einem voraufgehenden Befriedigungsverfahren verbunden. 736

I. Prognose nicht mit allen Masseschulden?

Die **Abschätzung der Kosten** gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO ist nicht Vorausschau auf alle Masseschulden im Sinne von § 53 InsO. Selbst wenn die Kostenvorausberechnung sich als zutreffend erweisen sollte, steht damit noch nicht fest, daß jeder Mehrerlös den Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) zugute kommen wird. Denn es können gemäß § 55 InsO weitere Verbindlichkeiten mit Vorrang entstehen. Ist das Verfahren bereits eröffnet, so beobachtet der Insolvenzverwalter die Entwicklung sämtlicher Masseschulden und veranlaßt notfalls die Einstellung (§§ 208 bis 211 InsO). Denn erst wenn alle Masseschulden erledigt sind, können Insolvenzgläubiger sich Befriedigung erhoffen. Da der Wortlaut von § 26 Abs. 1 InsO für die Entscheidung über den Eröffnungsantrag enger gefaßt ist, scheint das Gericht auch dann ein Verfahren eröffnen zu müssen, wenn es vorhersehbar alsbald wegen sonstiger Masseschulden einzustellen sein wird. Man wird daher in analoger Anwendung von § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO oder zumindest wegen Mangels an Rechtsschutzbedürfnis die Eröffnung 737

1 Siehe oben Rn. 556 ff.

zu versagen haben, wenn zwar die Verfahrenskosten noch gedeckt sind, aber sicher zu erwartende Masseschulden jenseits der Verfahrenskosten nicht mehr[2]. Hierbei ist aber besonders streng zu prüfen, ob die weiteren Masseschulden unumgänglich sein werden. Vieles wird von den Entscheidungen des vorläufigen und des endgültigen Verwalters sowie von Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung abhängen. Nichtsdestoweniger können sich nach Einsetzung eines »starken« vorläufigen Verwalters aus dessen Tätigkeit noch während der Prüfung des Eröffnungsantrages endgültig erkennbare weitere Masseschulden gemäß § 55 Abs. 2 InsO ergeben.

II. Problem der Wertansätze und Hilfestellung eines vorläufigen Verwalters

738 Kaum je wird das Gericht in der Lage sein, allein aus den Antragsunterlagen die voraussichtliche Kostendeckung abzuschätzen. Vielmehr bedient es sich regelmäßig der gutachterlichen Hilfe eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Es kann ein den Schuldner aus der Verfügungsgewalt drängender »starker« vorläufiger Verwalter gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 InsO sein, zu dessen Aufgabe die Einschätzung zur Kostendeckung gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 1 InsO ohne weiteres gehört. Es kann sich aber auch um einen »halbstarken« oder »schwachen« vorläufigen Verwalter handeln, den das Insolvenzgericht gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 InsO besonders mit der Begutachtung betraut[3]. Unerfreulicherweise verschlingt die Prüfung zusätzliche, nicht unbedingt in ihrer vollen Höhe bei Eröffnung ohnehin anfallende Kosten, was womöglich überhaupt erst die Abweisung mangels Masse notwendig macht.

739 Die Begutachtung steht vor einer zwiespältigen Aufgabe, wenn sie die Werte des vorhandenen Vermögens (ergänzt um voraussichtlichen Neuerwerb nach § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO und um mögliche Rückflüsse aus Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO) ermitteln soll: Es fragt sich, ob die Werte aufgrund der Annahme, die Gegenstände behielten ihren Zusammenhang, als sogenannte Fortführungswerte zu ermitteln sind oder ob die Erlöse einer Liquidation, die sogenannten Zerschlagungswerte, geschätzt werden müssen. Namentlich entsteht dieses Problem bei Betrieben. Die **Wahl der Wertansätze** hängt (ähnlich wie bei der für den Eröffnungsgrund Überschuldung nach § 19 Abs. 2 InsO aufzustellenden Bilanz) von der Aussicht auf Erhalt des – gegebenenfalls neu zuzuschneidenden – Vermögens ab[4]. Diese Aussicht zu beurteilen, zählt § 22 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 InsO unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensfortführung eigens zu den möglichen Aufgaben des vorläufigen Verwalters.

740 Trotz größter Sorgfalt wird man das Schuldnervermögen immer erst am Ende eines wirklich durchgeführten Insolvenzverfahrens genau kennen. Für eine Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse genügt der Praxis die überwiegende Wahrscheinlichkeit, daß die Masse zur Deckung der Verfahrenskosten nicht ausreichen wird[5].

741 Keine Rücksicht scheint das Gesetz auf den Zeitraum zu nehmen, den eine Kostendeckung benötigt. Je nach den Umständen ist im einen Schuldnervermögen Erlös sehr rasch zu erzielen, im anderen erst nach langandauernden Bemühungen. Man wird bei voraussichtlich unzumutbarer

2 Im Ergebnis gleich durch weite Auslegung des Begriffs der Verfahrenskosten *Kind*, in: *Braun*, § 26 InsO, Rn. 17 ff. Behandlung des Eröffnungsantrages streng nach dem Wortlaut von § 26 InsO bevorzugend *Haarmeyer*, in: MünchKomm, § 26 InsO, Rn. 14 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 26 InsO, Rn. 5 ff.

3 Siehe oben Rn. 687.

4 *Haarmeyer*, in: MünchKomm, § 26 InsO, Rn. 21.

5 OLG Karlsruhe, Beschluß vom 23. November 2001 – 11 W 142/01, ZInsO 2002, 247.

Verzögerung (insbesondere wenn der Verwalter zu lange auf seine Vergütung warten müßte) Massearmut annehmen dürfen[6]. Eine scharfe Grenze läßt sich hier freilich nicht ziehen.

III. Vorschuß

Trotz Unterdeckung lehnt das Insolvenzgericht die Eröffnung nicht ab, wenn die **Mittel zur Kostendeckung bereitgestellt werden** (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO). Die Quelle dieser Mittel und wer die Initiative zu ihrer Bereitstellung ergriff, spielt keine Rolle.[7] Sollten Mittel nicht nur zur Kostendeckung, sondern zur weiteren Bewirtschaftung des Schuldnervermögens erhältlich sein, kann sogar die Insolvenz behoben sein, das heißt der Verfahrensgrund (§ 16 InsO) entfallen. 742

IV. Stundung

Im Gegensatz zum Vorschuß ist die Stundung **zur Behebung der Massearmut** auf die Insolvenz der natürlichen Person beschränkt. Denn sie geschieht um der Öffnung des Weges zur Restschuldbefreiung willen. Sie setzt deswegen den vorangegangenen oder gleichzeitigen Antrag auf Restschuldbefreiung (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO) voraus (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO)[8]. Stundung verhindert Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO). Ob das Verfahren Regelverfahren oder Kleinverfahren sein wird, ist gleichgültig. Weithin findet man allerdings die – hier nicht geteilte – Meinung, aus § 287 Abs. 1 Satz 1 InsO ergebe sich, daß das bevorstehende Insolvenzverfahren seinerseits vom Schuldner beantragt sein muß, wenn es denn in Restschuldbefreiung münden solle[9]. Ein Eigenantrag, und sei es auch nur ein zum Fremdantrag hinzutretender, ist nach dieser Ansicht dann mittelbar Voraussetzung für das Stundungsgesuch. 743

Den Schuldner eigens auf die Stundungsmöglichkeit hinzuweisen, sieht § 4a InsO nicht vor. Doch darf man annehmen, daß der Hinweis auf das Restschuldbefreiungsverfahren (§ 20 Abs. 2 InsO) die Stundung einschließt. 744

Die Stundung dauert zwar bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). Sie erfaßt aber nicht von vornherein alle bis dahin anfallenden Kosten. Vielmehr geschieht Stundung für jeden Verfahrensabschnitt gesondert (§ 4a Abs. 2 Satz 1 InsO). Wenn es erst nur darum geht, das Insolvenzverfahren in Gang zu bringen, steht auch nicht mehr an als die Stundung für das Insolvenzverfahren (einschließlich des untrennbar vorangehenden Eröffnungsverfahrens). Über eine Stundung für das Verfahren zur Restschuldbefreiung ist erst später zu befinden. Wohl allerdings kann der Schuldner um die Zeit des Eröffnungsantrages zu einem Kleinverfahren zusätzlich auf Stundung für das Schuldenbereinigungsplanverfahren antragen. Dieses ist gegenüber dem einstweilen ruhenden Eröffnungsverfahren (§ 306 Abs. 1 Satz 1 InsO) als Verfahrensabschnitt abgegrenzt.[10] 745

Gewährt das Insolvenzgericht dem Schuldner Stundung, so kann es ihm außerdem gemäß § 4a Abs. 2 Satz 1 InsO einen Anwalt beiordnen. Das ist jedoch trotz der Komplexität eines Insolvenzverfahrens kein Automatismus. Nicht nur achtet das Gericht fürsorglich darauf, daß die Belange des Schuldners angemessene Würdigung finden (§ 4a Abs. 2 Satz 1 InsO). Auch der Verwalter ist nicht Gegner des Schuldners, sondern verfolgt objektiv die Verfahrensziele; dabei 746

6 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 26 InsO, Rn. 14.

7 Näher oben Rn. 561 ff.

8 Siehe zur Stundung bereits oben Rn. 568 ff.

9 Siehe unten Rn. 1544.

10 Über die Abgrenzung der Verfahrensabschnitte *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 57 ff.

ist er die mit dem Verfahren vereinbaren Interessen des Schuldners zu wahren gehalten. Erst eine besonders verwickelte Gesamtsituation oder besonders schwierige Einzelfragen lösen Beiordnung aus.

V. Ablehnung des Eröffnungsantrages mangels Masse

747 Ist bei Massearmut ein Vorschuß nicht erreichbar und Stundung nicht beantragt oder zu versagen, lehnt das Insolvenzgericht die Verfahrenseröffnung durch Beschluß ab (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Antragsteller (gleichviel ob Schuldner oder Gläubiger) hat dagegen die Beschwerde (§ 34 Abs. 1 Fall 1 InsO)[11]. Der Schuldner kann sich sogar beschweren, wenn er nicht auf Eröffnung antrug (§ 34 Abs. 1 Fall 2 InsO). Damit kann er dem Eintrag ins Schuldnerverzeichnis[12] entgegentreten, den § 26 Abs. 2 Satz 1 InsO bei Nichteröffnung mangels Masse vorsieht. Zugleich kann die Beschwerdemöglichkeit des Schuldners darauf deuten, daß die durch Ablehnung eines Insolvenzverfahrens ausgeschlossene Restschuldbefreiung grundsätzlich auch ohne Eigenantrag auf Insolvenzverfahren erreichbar ist.

748 In der **grenzüberschreitenden Insolvenz** mag es vorkommen, daß die Masse die Kosten vollkommener Abwicklung nicht trägt, während in einzelnen Staaten eine günstige Relation von Kosten und Erlös eines Territorialverfahrens besteht. Art. 3 Abs. 4 Buchstabe a EuInsVO gestattet ein Territorialverfahren in einem anderen Mitgliedstaat, wenn das Hauptinsolvenzverfahren nach dem nationalen Insolvenzverfahrensrecht des Staates mit dem Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) nicht eröffnet werden kann. Nach seinem Wortlaut sieht Art. 3 Abs. 4 EuInsVO jedoch kein Territorialverfahren in dem Land vor, dessen Gerichte die Zuständigkeit für ein Universalverfahren haben. Dem ist mit Analogie zu Art. 3 Abs. 4 Buchstabe a EuInsVO abzuhelfen. Das Anliegen der europäischen Insolvenzverordnung, für möglichst effiziente grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung zu sorgen, dient nicht der Verhinderung von Rechtsdurchsetzung im einzelnen Mitgliedstaat. Versprengtes Auslandsvermögen, dessen Erfassung unverhältnismäßige Kosten auslöst, hat nicht ein denkbares Verfahren im Mittelpunktstaat um das dort ertragreich abwickelbare Teilvermögen zu blockieren.

749 Die Aussicht auf Abweisung des Eröffnungsantrages wegen Massearmut hebt eine gesetzlich vorgesehene Antragspflicht[13] nicht auf. Schon das negativ ausgehende Eröffnungsverfahren wirkt marktbereinigend. Einige insolvente Gesellschaften, über deren geschwundenes Vermögen kein Insolvenzverfahren mehr zustande kommt, werden mit der Abweisung des Eröffnungsantrages aufgelöst (z.B. die GmbH gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG; die oHG indessen nach § 131 Abs. 2 Nr. 1 HGB nur dann, wenn sie keine natürliche Person zum Mitglied hat).

750 **Vorläufige Anordnungen** (§§ 21 ff. InsO) können wegen ihrer **Kostenträchtigkeit** entscheidend für die Beurteilung der Massehaltigkeit werden. Die Beteiligten werden deshalb, wollen sie einer Eröffnung die besten Chancen erhalten, Rechtsbehelfe nutzen, die die Kosten begrenzen zu helfen vermögen. Namentlich führt dies zur Beschwerde gegen die Sicherungsmaßnahme (§ 21 Abs. 1 Satz 2 InsO) oder gegen die Festsetzung der Vergütung für den vorläufigen Insolvenzverwalter (§§ 64 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO[14]).

751 Zuvor angeordnete Sicherungsmaßnahmen hebt das Insolvenzgericht zugleich mit dem Abweisungsbeschluß wieder auf. In einem kleinen Konkurs werden die vom Eröffnungsverfahren mit vorläufiger Bewirtschaftung ausgelösten Verbindlichkeiten beglichen (§ 25 Abs. 2 InsO). Soweit vorläufige Maßnahmen bekanntzumachen waren, macht das Gericht ihre Aufhebung be-

11 Beispiel für Beschwerde des antragenden Schuldners: OLG Stuttgart, Beschluß vom 14. Januar 2000 – 8 W 374 und 375/99, DZWIR 2000, 109 ff., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2000, 113 f.

12 Seit dem Jahr 2002 in Nordrhein-Westfalen (zentralisiert im AG Hagen) elektronisch geführt.

13 Siehe oben Rn. 438.

14 Beispiel: OLG Stuttgart, Beschluß vom 14. Januar 2000 – 8 W 374/99 und 375/99, DZWIR 2000, 109 ff., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2000, 113 f.

kannt (§ 25 Abs. 1 InsO).[15] Bekanntmachung der Abweisung eines Eröffnungsantrages mangels Masse überhaupt ist nicht vorgesehen. Doch sorgen Mitteilungen dafür, daß im Handelsregister und ähnlichen Registern die Auflösung von Gesellschaften anläßlich des Nichteröffnungsbeschlusses von Amts wegen nachvollzogen wird (z.B. Löschung der gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG aufgelösten GmbH nach § 65 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GmbHG; vom Insolvenzgericht mitzuteilen gemäß § 31 Nr. 2 InsO und gemäß XIIa/2 Abs. 2 Nr. 3 MiZi, fußend auf §§ 12 Abs. 5, 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG). Auch das Finanzamt, die Staatsanwaltschaft, bei Sorgeberechtigung des Schuldners für Kinder das gemäß § 1666 BGB um das Kindeswohl bemühte Familiengericht und, wenn der Schuldner Arbeitgeber ist, Krankenkasse und Bundesagentur für Arbeit werden informiert, damit sie erforderliche Schritte in die Wege leiten (XIIa/2 Abs. 2 MiZi; siehe auch § 22a FamFG).

Der Antragsteller kann seinen abgewiesenen Eröffnungsantrag noch zurücknehmen, bevor der Abweisungsbeschluß rechtskräftig wird (§ 13 Abs. 2 Fall 2 InsO), das heißt bevor die Beschwerdefrist verstreicht. **752**

Mit **Ablehnen der Eröffnung mangels Masse** (ebenso mit Ablehnung mangels Eröffnungsgrundes) oder Rücknahme des Eröffnungsantrages sowie Aufhebung vorläufiger Maßnahmen ist der **Wettlauf der Gläubiger** in der Einzelvollstreckung **wieder offen**. Wenn ein Nachlaßinsolvenzverfahren angestrebt war, hat der Erbe gegen die Nachlaßgläubiger die Einrede der Dürftigkeit (§ 1990 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Ergebnis wirkt das ähnlich wie die Haftungsbeschränkung durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs (§ 1975 BGB). **753**

15 Siehe auch oben Rn. 727 ff.

§ 17 Annahme oder Nichtannahme eines Schuldenbereinigungsplanes im Kleinverfahren bei ruhendem Eröffnungsverfahren nach Eigenantrag

Literatur: *Becker*, Ausführung der Reform des Insolvenzrechts durch die Länder, KTS 2000, 157 ff.; *Fuchs*, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, in: Kölner Schrift, S. 1679 ff.; *Glomski*, Anforderungen an einen Schuldenbereinigungsplan nach § 304 Abs. 1 Nr. 4 InsO, DZWIR 2000, 485 ff.; *Schulte-Kaubrügger*, Das Verbraucherinsolvenzverfahren aus der Sicht der Gläubiger – Unerwartete »Gefahren« durch den Schuldenbereinigungsplan, DZWIR 1999, 95 ff.; *Theiss*, Der Schuldenbereinigungsplan gem. §§ 306 ff. InsO als Vergleich bürgerlichen Rechts, ZInsO 2005, 29 ff.; *Vallender/Fuchs/Rey*, Der Ablauf des Verbraucherinsolvenzverfahrens beim Eigenantrag bis zur Eröffnungsentscheidung, NZI 1999, 218 ff.; Verbraucher-Zentrale (Hrsg.), Arbeitshilfe InsO. Ein Praxishandbuch für die Beratung und Vertretung im Entschuldungsverfahren, 2001.

I. Erhöhte Schwelle vor Eröffnung eines Kleinverfahrens

1. Vorrang einvernehmlicher Schuldenbereinigung

754 Das sogenannte Kleinverfahren (§§ 304 ff. InsO) ist in der Ausdrucksweise des Gesetzes ein vereinfachtes Verfahren (Überschrift vor §§ 311 ff. InsO und zu § 312 InsO). Nichtsdestoweniger ist sein Einstieg besonders aufwendig ausgestaltet[1]. Im Regelverfahren ist die Ausarbeitung einer einvernehmlichen Lösung (Insolvenzplan nach §§ 1 Satz 1 Fall 2, 217 ff. InsO) der Entwicklung nach Eröffnung überlassen – je nach Lage der Dinge und Wunsch der Gläubigerversammlung (die Verabschiedung gegebenenfalls gemäß Art. 34 Abs. 3 EuInsVO oder § 355 Abs. 2 InsO auch abhängig von der Zustimmung auswärtiger Gläubiger, die sich im deutschen Territorialverfahren nicht beteiligten), des Verwalters (gemäß Art. 34 EuInsVO oder § 357 Abs. 3 InsO auch des Verwalters eines auswärtigen Hauptinsolvenzverfahrens) oder des Schuldners. Wenn hingegen in der Kleininsolvenz der Schuldner ein Verfahren anstrengen möchte, soll ein Konzept zur einvernehmlichen Schuldenbereinigung (hauptsächlich aus Stundungen, Erlassen nach § 397 BGB und Schuldanerkenntnissen verringerten Umfangs nach § 781 BGB zusammengesetzt) bereits vor Beginn des Insolvenzverfahrens fertig ausgearbeitet und versucht sein. Und zwar ist diese Unternehmung zweimal vorgesehen – zu bewältigen noch dazu durch den hiermit im Zweifel überforderten Schuldner selbst (vorgerichtlich nach §§ 305 Abs. 1 Nr. 1, 305a InsO; gerichtlich gemäß §§ 305 Abs. 1 Nr. 4, 306 ff. InsO). Scheitert dieses, kommt das Insolvenzverfahren notgedrungen als reines Zerschlagungsverfahren in Gang. Ein Übergang zum Insolvenzplan ist ausdrücklich ausgeschlossen (§ 312 Abs. 2 Fall 1 InsO). Nach zweimaligem Scheitern einer einvernehmlichen Lösung traut das Gesetz den Beteiligten keine einvernehmliche Lösung mehr zu. Dies dürfte in den meisten Fällen realitätsgerecht sein, ist jedoch dort unbefriedigend, wo das Insolvenzverfahren (gemäß § 312 Abs. 1 Satz 2 InsO mangels Berichtstermins mühsam genug) neue Erkenntnisse hervorbringt oder sich durch die Bewirtschaftung neue Chancen entwickeln. Es bleibt dann nach Eröffnung allenfalls noch die Hoffnung, mit einem insolvenzplanähnlichen Schuldenbereinigungskonzept allseitige Zustimmung für eine Einstellung nach § 213 InsO zu gewinnen oder (noch weniger wahrscheinlich) mit Hilfe eines

1 Siehe bereits oben Rn. 145 ff.

Teils der Gläubiger die Solvenz des Schuldner wiederherzustellen und dann das Verfahren nach § 212 InsO einzustellen. Ansonsten ist das Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 287 ff. InsO) abzuwarten.

2. Standardisierter Eigenantrag

Abgesehen von der Hürde doppelten Schuldenbereinigungsversuches ist auch der Eröffnungsantrag an sich für den Schuldner wegen der umfangreichen Vordrucke (§ 305 Abs. 5 InsO mit VbrInsVV) besonders aufwendig[2]. Die Papierflut wogt nicht allein im Verkehr zwischen Schuldner und Insolvenzgericht, sondern wird für die weiteren Beteiligten vervielfacht (§ 306 Abs. 2 Satz 2 InsO). 755

3. Schuldnerberatung

Alles sichert den Betreibern von Kopierautomaten und den in bunter Vielfalt von Land zu Land unterschiedlich geregelten Schuldnerberatern (Einzelpersonen oder Einrichtungen) reiche Gelegenheit zur Betätigung[3]. Die Schuldnerberater, in § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO als geeignete Person oder Stelle bezeichnet, sind geradezu Organe der Rechtspflege, indem sie erst mit ihrem Zertifikat über das Scheitern des vorgerichtlichen Schuldenbereinigungsversuches die Pforte zum Insolvenzgericht öffnen (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Auch sehen einige Landesvorschriften vor, daß der (sich aus den verschiedensten Quellen finanzierende[4]) Schuldnerberater den Schuldner noch nach dem Eröffnungsantrag durch das Verfahren begleiten darf[5]. Dort, wo dem Schuldner eine solche Hilfe möglich ist, liegt die Schwelle zur Beiordnung eines (vom Schuldnerberater verschiedenen) Anwaltes nach § 4a Abs. 2 Satz 1 InsO besonders hoch. 756

4. Entlastung der Gerichte?

Bei Erfindung der besonderen Hemmnisse des Kleinverfahrens schwebte dem Gesetzgeber Entlastung der Gerichte vor[6]. Das Ziel ist bedenklich, denn jede Verhinderung von Verfahren läuft dem Gleichheitssatz zuwider. Zu einem Fremdantrag nämlich sind im Kleinverfahren weder Schuldenbereinigungsversuch noch umfangreicher besonderer Vordruck vorgesehen. Dem Regelverfahren ist beides sowohl beim Fremdantrag als auch beim Eigenantrag fremd. Andererseits kennt das auf Fremdantrag eröffnete Kleininsolvenzverfahren den Insolvenzplan ebensowenig wie das auf Eigenantrag eröffnete (§ 312 Abs. 2 Fall 1 InsO); dort fehlt also jeglicher verfahrensmäßige Versuch einvernehmlicher Lösung. Da die zur erhofften Entlastung vom Gesetz eingesetzten Mittel aber auch nicht den Eindruck erwecken, als ob sie wirklich Entlastung böten, Schuldenbereinigungsversuche selten Erfolg haben, mag diese Frage auf sich beruhen. 757

5. Fremdantrag

Zu beachten ist, daß das Gesetz den gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch mit dem Eigenantrag allein verknüpft. Einen Restschuldbefreiungsantrag muß der Schuldner dazu nicht stellen, sondern er muß sich nur ausdrücklich darüber erklären, ob er Restschuldbefreiung wünscht (§ 305 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Das unterscheidet das Schuldenbereinigungsverfahren von 758

2 Siehe ebenfalls bereits oben Rn. 146.
3 Siehe wiederum bereits oben Rn. 148.
4 Siehe oben Rn. 178.
5 Z.B. Art. 113 Abs. 3 Satz 2 AGSG Bay, § 2 Abs. 3 Satz 2 AGInsO Hess.
6 *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 568, 571, 574.

der nur nach Antrag auf Restschuldbefreiung erreichbaren Kostenstundung (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). Ein Unterschied besteht auch gegenüber dem Antrag auf Restschuldbefreiung selbst, weil diese nicht allein in der Kleininsolvenz, sondern auch in der Regelinsolvenz möglich ist, sofern nur der Schuldner natürliche Person ist. Gegenüber dem Insolvenzplan schließlich unterscheiden sich außergerichtlicher und gerichtlicher Schuldenbereinigungsversuch in der Mitwirkung des Schuldners. Der Insolvenzplan kann auf den Schuldner zurückgehen (§ 218 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO), muß es aber nicht. Er kommt selbst bei weitestgehender Passivität des Schuldners zustande. In den außergerichtlichen und den gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch dagegen ist der Schuldner notwendig intensiv eingebunden, und er wird ihn im Regelfall veranlassen.

II. »Null-Plan« oder »Fast-Null-Plan«

759 In den meisten Fällen hat der Schuldner den Gläubigern so gut wie keinen Anreiz zu bieten, sich auf eine Stundung und Kürzung der Forderungen einzulassen. Was übrig bleibt, ist doch nur ein sogenannter »Null-Plan« oder »Fast-Null-Plan«. Darunter versteht die Praxis **Schuldenbereinigungspläne**, in denen der Schuldner **keine Zahlungen** oder nur vernachlässigenswert **geringe Zahlungen** vorschlägt. Die Vorlage eines solchen Planes ist verständlicherweise zum Scheitern verurteilt. Dazu bedarf es nicht einmal des in Sorge um Übervorteilung begründeten prinzipiellen Mißtrauens von Gläubigern gegenüber einem privatautonomen Schuldenbereinigungsversuch[7]. Nicht nur ein außergerichtlicher, sondern auch ein gerichtlich gelenkter Schuldenbereinigungsplan hat keinerlei Erfolgsaussicht, wenn er nicht mit einem Mindestmaß an Befriedigungsaussicht verknüpft ist.

760 Es war von Anfang an heftig umstritten, ob mit dem Entwurf von »Null-Plänen« oder »Fast-Null-Plänen« die Zugangsvoraussetzungen zum Insolvenzverfahren gemäß § 305 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 InsO geschaffen werden können. Man wird dies jedoch nicht verneinen können, und so geht die Tendenz in Zulassung derartiger Entwürfe[8]. Wo es nichts zu verteilen gibt, läßt sich nicht sinnvoll der Entwurf von Plänen fordern, in denen Geld verteilt wird. Ein Schuldenbereinigungsplan ist nicht deswegen unzureichend, weil er realistisch ist. Nicht das Gericht, sondern die Gläubiger haben darüber zu befinden, ob ein Plan zustimmungswürdig ist oder nicht. Wollte das Gericht »Null-Pläne« und »Fast-Null-Pläne« aus Prinzip zurückweisen, würde man mit dem Erfordernis des Schuldenbereinigungsplans auf einem Umweg eine (entgegen § 26 Abs. 1 Satz 2 InsO) nicht mit Stundung behebbare Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse erzeugen. Denn das Gericht würde den Schuldner nutzlos zur Unterlagenergänzung gemäß § 305 Abs. 3 Satz 1 InsO auffordern. Nach Monatsfrist gälte sein Eigenantrag als zurückgenommen (§ 305 Abs. 3 Satz 2 InsO). Damit wäre die grundsätzlich ohne Tilgung erreichbare Entschuldung über Restschuldbefreiung (§§ 287 ff. InsO) ausgeschlossen.

761 Alles in allem kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß sich der Staat mit dem Schuldenbereinigungsplanverfahren eine erzieherische Einwirkung auf den Schuldner vorgenommen hat. Der Schuldner ist durch das Insolvenzrecht genötigt, sich mit seinen Schuldverhältnissen und den dazu gehörigen Partnern auseinanderzusetzen. Ob jedoch das Insolvenzrecht der statthafte Hebel zur Belehrung in wirtschaftlicher Vernunft ist und ob überhaupt dem Staat solche Belehrung zusteht, noch dazu ungleichmäßig allein über das Kleinverfahren vorgehend, erscheint höchst zweifelhaft. Das Problem zwanghaften Schuldenbereinigungsversuchs liegt gleichauf mit dem sich aus dem obligatorischen Schlichtungsversuch nach § 15a EGZPO in Verbindung mit dem Landesrecht ergebenden Verbrauch von Zeit, Kraft und Geld. Den Gläubigern wird dabei viel Langmut abverlangt. § 310 InsO verwehrt ihnen (unabdingbar) jegliche Kostenerstattung. Diese Vorschrift schließt nicht nur verfahrensrechtliche, sondern schlechthin Ansprüche gegen den Schuldner aus. Namentlich kann der Gläubiger die ihm angefallenen Kosten nicht als Verzugsschaden nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB auf den Schuldner abwälzen. Damit erhöht sich der Druck auf die Gläubiger, einem Schuldenbereinigungsplan zuzu-

7 Siehe oben Rn. 176.

8 BayObLG, Beschluß vom 2. Dezember 1999 – 4 Z BR 8/99, DZWIR 2000, 156, 157 f., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2000, 159 ff.; *Römermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 305 InsO, Rn. 56 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 305 InsO, Rn. 122, 139.

stimmen, anderenfalls die Investition vollends verloren wäre, während der Schuldner den Anreiz genießt, gewissermaßen risikolos mit den Gläubigern zu verhandeln.

III. Ruhendes Eröffnungsverfahren

762 Das mit dem Eigenantrag in Gang gesetzte Eröffnungsverfahren gelangt sofort zur Ruhe, weil erst der **gerichtliche Schuldenbereinigungsversuch** zu unternehmen ist (§ 306 Abs. 1 Satz 1 InsO). Das gilt auch für einen Fremdantrag, wenn der Schuldner einen Eigenantrag hinzusetzt (§ 306 Abs. 3 Satz 2 InsO). Trotzdem sind vorläufige Maßnahmen nach §§ 21 ff. InsO, 30d Abs. 4 ZVG statthaft (§ 306 Abs. 2 Satz 1 InsO)[9]. Die Erkundung des Schuldnervermögens zur Vorbereitung der bei Scheitern des Schuldenbereinigungsversuches nötig werdenden Entscheidung über den Eröffnungsantrag samt Erzwingen der Schuldner-Mitwirkung (§ 22 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 InsO) macht davon keine Ausnahme. Doch werden das Insolvenzgericht und ein etwa bestellter vorläufiger Treuhänder bei ihrer Tätigkeit darauf achten, daß sie das Gespräch zwischen Schuldner und Gläubigern nicht untergraben. Mit einer Vollstreckungssperre (§§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO, 30d Abs. 4 ZVG) oder einer Sperre sonstiger Verwertung (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO) kann das Gericht den Druck auf gütliche Einigung sogar erhöhen.

763 Nur auf den ersten Blick scheint das Ruhen für die Gläubiger insofern ungünstig, als es die Hemmung der Verjährung wegen Anmeldung im eröffneten Verfahren (§ 204 Nr. 10 Fall 1 BGB) hinausschiebt. Tatsächlich tritt im Kleinverfahren die Hemmung sehr früh ein, weil der Schuldenbereinigungsversuch Verhandlung über den Anspruch gemäß § 203 Satz 1 BGB ist. Außerdem kann er – bei gleichzeitiger Eigenschaft der Schuldnerberatungsstelle als eine Gütestelle im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO – Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB bewirken. Das Ruhen des Eröffnungsverfahrens ist kein hemmungbeendender Verfahrensstillstand gemäß § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB, da es nicht um das Eröffnungsverfahren, sondern um den Schuldenbereinigungsversuch geht. Das Bemühen um den Schuldenbereinigungsplan allerdings darf keinen Stillstand erleiden. Vielfach wird überdies der Schuldner im Verlauf des Schuldenbereinigungsversuches nicht nur die Hemmung, sondern sogar den Neubeginn der Verjährung bewirken. Mit den Einigungsbemühungen erkennt er nämlich meistens seine noch offenen Pflichten gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB an. Besonderer Förmlichkeiten gemäß § 781 Satz 1 BGB bedarf es für diese Anerkennung nicht.

764 Auch können schon während der Ruhezeit nach Eröffnungsantrag schwebende Prozesse unterbrochen werden, sofern es nur zu der von § 240 Satz 2 ZPO vorausgesetzten Berufung eines »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters kommt.

IV. Gerichtliche Lenkung des Einigungsversuchs

765 Ist dem Schuldner erst einmal einen Planentwurf zum gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahren gelungen, so übernimmt das Insolvenzgericht die Moderation. Insoweit besteht Ähnlichkeit zum Insolvenzplanverfahren. Das Gericht stellt die Verbindung zu den Gläubigern her und holt deren Stellungnahmen ein (§ 307 InsO). Im Idealfall gibt es keine Einwände. Dann kann das Gericht ohne weiteres die Annahme feststellen (§ 308 Abs. 1 Satz 1 InsO).

766 Gibt es Einwände, kann der Schuldner den Plan nachbessern (§ 307 Abs. 3 Satz 1 InsO). Außerdem können Einwände, welche nach Kopfzahl und Forderungsvolumen in der Minderheit stehen, überwunden werden, indem das Insolvenzgericht bei Zumutbarkeit des Plans die Zustimmung ersetzt (§ 309 InsO)[10]. Das Gericht prüft dabei aber nach § 309 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht die Angemessenheit des Plans im ganzen,

9 Siehe oben Rn. 696 ff.

10 Beispiele: OLG Celle, Beschluß vom 4. April 2001 – 2 W 38/01, DZWIR 2001, 299 ff., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2001, 302 f.; OLG Celle, Beschluß vom 24. Januar 2002 – 2 W 4/02, ZInsO 2002, 191 f.

sondern nur die Stellung des widersprechenden Gläubigers gegenüber den nicht widersprechenden Gläubigern und gegenüber einer Befriedigung aus Liquidation. Es überläßt also die Gestaltung des Plans der Privatautonomie auch insoweit, als damit sehr ungünstige Vorgaben für nicht kompromißbereite Gläubiger geschaffen werden; deswegen kommt sogar bei einem »Fast-Null-Plan« oder »Null-Plan«[11] Zustimmungsersetzung in Frage[12].

767 Das sehr rigide wirkende Instrument der Ersetzung ist dem Insolvenzplanverfahren unbekannt. Denn es begnügt sich gemäß § 244 InsO – insgesamt freilich noch tiefer in die Gläubigerbelange einschneidend – von vornherein mit Mehrheitsbildung in Gruppen (§§ 222, 243 InsO) und hat unterhalb der Mehrheit das flexible Kriterium des Obstruktionsverbotes (§ 245 InsO). Das in § 309 InsO enthaltene Risiko für den Gläubiger, in einem Schuldenbereinigungsplanverfahren überstimmt zu werden, ist zwar in § 309 Abs. 1 Satz 2 InsO mit den Merkmalen der Angemessenheit und des abschätzenden Vergleichs mit einem durchgeführten Insolvenzverfahren begrenzt. Doch bleibt lange vor der Insolvenz, in der Anbahnung einzelner Geschäfte mit Verbrauchern, bei jedem Verhandlungspartner des Verbrauchers ein Bedürfnis, die verbleibenden Unwägbarkeiten einer etwaigen künftigen Verbraucherinsolvenz vor einem Geschäftsabschluß einzukalkulieren (aus Verbrauchersicht eine Verteuerung).

V. Zustandegekommener Schuldenbereinigungsplan

768 Kommt der Schuldenbereinigungsplan zustande, bedarf es keiner Entscheidung mehr über den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Auch die Restschuldbefreiung ist nicht nötig, weil die Entschuldung über den Bereinigungsplan erfolgen soll. Eröffnungsantrag und Antrag auf Restschuldbefreiung gelten als zurückgenommen (§ 308 Abs. 2 InsO). Die **Rücknahmefiktion** gilt auch für einen neben dem Eigenantrag vorliegenden Fremdantrag auf Eröffnung. Der zustandegekommene Schuldenbereinigungsplan steht gemäß § 308 Abs. 1 Satz 2 InsO einem Vergleich im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gleich. Er eignet sich demnach für jeden im Plan aufgeführten Gläubiger als Titel zur Einzelzwangsvollstreckung.

769 Die **Rechtsnatur** des gerichtlich moderierten Schuldenbereinigungsplans ist unklar. Wenn § 308 Abs. 1 Satz 2 InsO ihn auf eine Stufe – auch – mit dem Prozeßvergleich stellt, zwingt das nicht zur Annahme einer Doppelnatur, in der ein Vergleichsvertrag nach § 779 BGB enthalten ist. Eine Einschätzung als Vergleichsvertrag ist unpassend, weil dem Schuldenbereinigungsplan nicht notwendig Meinungsverschiedenheit oder Ungewißheit über den Forderungsbestand vorausgeht. Anders als die außergerichtliche Einigung läßt sich der gerichtlich moderierte Schuldenbereinigungsplan auch nicht einfach als sonstiger Vertrag fassen. Daran hindert die Überwindung von Widerstand nach § 309 InsO. Der Schuldenbereinigungsplan scheint ein Gestaltungsinstrument eigener Art zu sein. Vorsichtige Anwendung von Vertragsrecht auf ihn ist jedoch denkbar.[13]

770 Gläubiger, welche am Bereinigungsversuch nicht beteiligt waren, behalten ihre Forderung ungeschmälert (§ 308 Abs. 3 InsO). Distanz zum Bereinigungsversuch zu halten, fällt den Gläubigern allerdings nicht leicht. Wenn das Gericht einen Gläubiger einmal auf den Versuch angesprochen hat, ist er einbezogen (§ 308 Abs. 3 Satz 2

11 Siehe oben Rn. 759 ff.

12 Siehe OLG Köln, Beschluß vom 9. Februar 2001 – 2 W 19/01, ZIP 17/2001.

13 *Theiss*, ZInsO 2005, 29 ff. Zurückhaltender LG Hechingen, Urteil vom 6. August 2004 – 3 S 21/04, ZInsO 2005, 49 f.

InsO). Sollte trotzdem eine Forderung unberührt geblieben sein, liegt hier eine Gefahr alsbald erneut eintretender Insolvenz. Dies ist für die am Schuldenbereinigungsplan beteiligten Gläubiger ärgerlich, welche nun mit von vornherein verringerten Forderungen ins neue Verfahren gehen. Solcher Ungleichgewichtigkeit treten **Wiederauflebensklauseln** (Verfallklauseln) im Plan entgegen[14].

Grenzüberschreitung der Insolvenz löst zusätzliche Probleme um die Geltungskraft des gerichtlich gelenkten Schuldenbereinigungsplans aus. Vorweg muß man feststellen, daß der gerichtliche Schuldenbereinigungsversuch, obgleich vor Eröffnung stattfindend (siehe §§ 306, 311 InsO), ebenso wie vorläufige Maßnahmen (§§ 21 ff. InsO) zum Insolvenzverfahren gehört. Daher fällt er in das Regelungsfeld der europäischen Insolvenzverordnung und des deutschen Internationalen Insolvenzrechts. 771

Der Schuldenbereinigungsplan nach Antrag auf Eröffnung eines deutschen Hauptinsolvenzverfahrens wirkt in ausdehnender Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe j, 16 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO allerorten (wenngleich der Wortlaut der genannten Vorschriften sich nur auf die Beendigung eines schon eröffneten Verfahrens und Anerkennung der Eröffnung bezieht). Sind also im Plan Forderungen beschnitten (gestundet, gekürzt, aufgehoben), so können die Gläubiger nicht länger in einem auswärtigen Territorialverfahren ihre Forderungen ungeschmälert geltend machen. 772

Der Schuldenbereinigungsplan vor einem deutschen Territorialverfahren kann den Zugriff auf auswärtiges Vermögen in einem anderen Verfahren nur dann beschneiden, wenn alle betroffenen Gläubiger dem Schuldenbereinigungsplan zustimmten (Art. 34 Abs. 2, 36 EuInsVO). Außerdem bedarf es, wenn das deutsche Verfahren Sekundärverfahren würde (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EuInsVO), der Zustimmung des Verwalters aus dem Hauptinsolvenzverfahren (Art. 34 Abs. 2 EuInsVO). In Analogie zur Regelung für den Insolvenzplan (§ 355 Abs. 2 InsO) gilt das Erfordernis einer Zustimmung aller Gläubiger zum Schuldenbereinigungsplan vor einem deutschen Partikularverfahren auch bezüglich des Auslandsvermögens jenseits der europäischen Insolvenzverordnung. 773

Ein vorgerichtlicher Schuldenbereinigungsversuch hingegen fällt nicht in den Bereich des Internationalen Insolvenzrechts. Seine Reichweite ergibt sich aus dem nach den Regeln des Internationalen Privatrechts bestimmten materiell-rechtlichen Statut. 774

Aber auch unabhängig von der Existenz unbeschnittener Forderungen kann die Bedienung des Schuldenbereinigungsplans den Schuldner überfordern und alsbald einen erneuten Eröffnungsantrag hervorrufen – was ebenfalls Anwendungsbereich von Verfallklauseln ist[15], nachdem es anders als beim Insolvenzplan (§ 255 InsO) kein automatisches Wiederaufleben wegen Nichterfüllung gibt. Besondere Vorkehrungen zur Überwachung der Planerfüllung sieht das Gesetz im Gegensatz zum Insolvenzplan (§§ 260 ff. InsO) nicht vor. 775

Inwiefern nach Annahme des Schuldenbereinigungsplans ein Gläubiger noch die persönliche oder die dingliche Mithaftung eines Dritten in Anspruch nehmen kann, ist Frage privatautonomer Gestaltung des Planes und des Sicherungsgeschäfts. 776

14 Vgl. beim Insolvenzplan unten Rn. 1654.

15 Beispiel: OLG Celle, ZInsO 2002, 191 f. Lies über Verfallklauseln auch *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 309 InsO, Rn. 77.

§ 18 Abschluß des Eröffnungsverfahrens mit Eröffnungsbeschluß

Literatur: *Keller*, Die öffentliche Bekanntmachung im Insolvenzverfahren, ZIP 2003, 149 ff.; *Uhlenbruck*, Vordatierung von Insolvenzeröffnungsbeschlüssen?, ZInsO 2001, 977 ff.

I. Eröffnung

1. Eröffnungsbeschluß nach zulässigem und begründetem Antrag

777 Ist der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zulässig und begründet, faßt das Insolvenzgericht einen Eröffnungsbeschluß gemäß § 27 InsO. Lagen mehrere Anträge vor, so genügt es, wenn einer von ihnen zulässig und begründet ist. Die unzulässigen oder unbegründeten werden abgewiesen (gleichviel, ob sie nach §§ 147 ZPO, 4 InsO mit dem erfolgreichen verbunden waren oder nicht). Weitere zulässige und begründete Anträge waren entweder gemäß §§ 147 ZPO, 4 InsO verbunden und sind deswegen ebenfalls erfolgreich, oder sie blieben unverbunden und sind nun erledigt.

778 Ein Antrag auf ein alles Schuldnervermögen umfassendes Hauptinsolvenzverfahren erledigt sich jedoch nicht schon durch Erfolg eines (verbundenen oder unverbundenen) Antrages auf ein nur das Inlandsvermögen erfassendes Territorialverfahren (Partikularverfahren). Entweder muß der weitergehende Antrag noch abgewiesen werden (weil ein Hauptverfahren in Deutschland unzulässig ist) oder das Territorialverfahren zum Hauptinsolvenzverfahren erweitert (gleichviel ob ein Territorialverfahren eigentlich gar nicht erst hätte eröffnet werden dürfen).

779 Die Begründetheit des Eröffnungsantrages ergab sich daraus, daß das Insolvenzgericht vom Vorliegen eines Eröffnungsgrundes (§ 16 InsO)[1] zum Zeitpunkt der Entscheidung[2] überzeugt ist und auch nicht an der Kostendeckungskraft der Masse (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) zweifelt oder Massearmut durch Stundung (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO) behebt[3]. Im Kleinverfahren sah das Gericht außerdem den gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuch als gescheitert an, anderenfalls es das zunächst gemäß § 306 Abs. 1 Satz 1 InsO ruhende Eröffnungsverfahren nicht nach § 311 InsO zur Entscheidungsfindung aufgenommen hätte.

780 Im Mittelpunkt des Eröffnungsbeschlusses steht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an und für sich. Das Gericht sollte dabei, wenn es kein Regelverfahren ist, ausdrücklich hervorheben, um welche **Art des Insolvenzverfahrens** es sich handelt (z.B. Kleininsolvenzverfahren oder Nachlaßinsolvenzverfahren) und ob es als Hauptinsolvenzverfahren das Schuldnervermögen grenzüberschreitend erfaßt oder als Territorialverfahren nur den in Deutschland belegenen Teil[4]. Das Gericht erläutert bei Bedarf, warum es sich innerhalb der Europäischen Gemeinschaft für zuständig hält (Art. 102 § 2 EGInsO). Von elementarer Bedeutung sind die genaue Identifikation des Schuldners (§ 27 Abs. 2 Nr. 1 InsO) und die Zeitangabe (§ 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO). Notfalls fingiert § 27 Abs. 3 InsO die Zeitangabe und setzt sie auf den Mittag des Beschlußtages fest.

1 Siehe oben § 9 I.
2 Siehe oben Rn. 412.
3 Siehe oben §§ 13, 16.
4 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 27 InsO, Rn. 5.

Die Fixierung des **Eröffnungszeitpunktes** hat vielfältige Bedeutung. Unter anderem sind folgende Punkte anzuführen: 781

- Übergang der Verfügungsgewalt auf den Verwalter (§ 80 Abs. 1 InsO) mit Verstrickung der Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) im Sinne von § 136 Abs. 1 StGB[5] und absolutem, nicht bloß relativem Verfügungsverbot gegen den Schuldner;
- Wirksamkeit und Anfechtbarkeit von Vermögensabflüssen (§§ 81, 91, 147 InsO); Unsicherheit über die Reihenfolge von Eröffnung und am selben Tag vorgenommener Verfügung löst § 81 Abs. 3 Satz 1 InsO zugunsten des Masseerhaltes;
- Wirksamkeit von Leistungen an den Schuldner (§ 82 InsO);
- Zuordnung neuer Verpflichtungen als Masseverbindlichkeiten oder als Neuschulden;
- Wahlmöglichkeit bei schwebenden Geschäften (§ 103 Abs. 1 InsO);
- Zuordnung der Pflichten aus Dauerschuldverhältnissen (§ 108 Abs. 3 InsO) oder bei Teilbarkeit (§ 105 InsO);
- Wirkungsdauer der Vorausabtretung von Mieteinnahmen oder Arbeitseinkünften an Dritte (§§ 110 Abs. 1, 114 Abs. 1 InsO) oder an den Treuhänder des Restschuldbefreiungsverfahrens (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO);
- Vollstreckungssperre (§ 89 InsO).

2. Ende der Disposition des Antragstellers

Sobald die Eröffnung beschlossen ist, das heißt der Beschluß des Insolvenzrichters in den Geschäftsgang gelangte, kann der Eröffnungsantrag nicht mehr zurückgenommen werden (§ 13 Abs. 2 Fall 1 InsO). Die Rücknehmbarkeit endet nicht etwa erst mit Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses (anders als beim Abweisungsbeschluß gemäß § 13 Abs. 2 Fall 2 InsO). Die gravierenden Folgen der Eröffnung vertragen keine Verunsicherung durch die Möglichkeit einer Antragsrücknahme. Unbenommen bleibt die Suche nach allseitigem Einverständnis mit einer Einstellung des Konkurses gemäß § 213 InsO und die Feststellung, daß ein Eröffnungsgrund doch nicht vorlag, oder die nachträgliche Beseitigung des Eröffnungsgrundes zwecks Einstellung nach § 212 InsO. 782

3. Rechtsbehelf gegen den Eröffnungsbeschluß

Der Eröffnungsbeschluß ist gemäß § 34 Abs. 2 InsO mit der **sofortigen Beschwerde** (§ 6 InsO) angreifbar. **Beschwerdebefugt** ist **nur** der **Schuldner**. Ist der Schuldner juristische Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, ist jeder zur Vertretung Berufene analog zu § 15 Abs. 1 InsO für den Schuldner beschwerdebefugt, so wie er befugt ist, auf Eröffnung anzutragen.[6] Gläubiger, denen die Einzelzwangsvollstreckung lieber wäre, die also den Wettlauf der Gläubiger um Befriedigung nicht abgebrochen sehen mögen, müssen sich der Eröffnungsentscheidung fügen. War der sich beschwerende Schuldner selbst Antragsteller, muß besonders aufmerksam geprüft werden, ob er durch die Eröffnung beschwert ist[7]. Weicht der Beschluß inhaltlich nicht von seinem Eröffnungswunsch ab (keine Eröffnung des Kleinverfahrens anstatt beantragten Regelverfahren) und war dieser Wunsch fehlerfrei (irrtumsfrei, 783

5 *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 136 StGB, Rn. 7.
6 BGH, Beschluß vom 21. Juni 2007 – IX ZB 51/06, NZI 2008, 121.
7 BGH, Beschluß vom 18. Januar 2007 – IX ZB 170/06, ZInsO 2007, 206 f.

nicht im Zustand der Geschäftsunfähigkeit) angebracht, sachlich richtig (Eröffnungsgrund bestand) und auch nicht überholt (kein Fortfall des Eröffnungsgrundes), ist Beschwerde des Schuldners mangels Beschwer unzulässig[8]. Es gibt allerdings auch Stimmen, die die Beschwer nicht formell, sondern materiell bestimmen; sie sehen prinzipiell den Schuldner wegen der tiefen Einschnitte in seine wirtschaftliche Freiheit durch die Eröffnung beschwert, gleichviel ob er die Eröffnung selbst beantragte[9].

784 **Rechtsschutzbedürfnis** hat die Beschwerde des Schuldners gegen die Eröffnung auch dann, wenn er Abweisung des Eröffnungsantrages nicht mangels Eröffnungsgrundes, sondern nur **mangels Masse** erreichen möchte[10]. Unnütze Verdrängung aus der Verfügungsgewalt mit Verbrauch seines Vermögens für Verfahrenskosten ohne jegliche Gläubigerbefriedigung ist dem Schuldner nicht zumutbar.

785 Mit seiner Beschwerde geht der Schuldner vor allem gegen die Eröffnung überhaupt an. Aber auch dann, wenn der Schuldner nur in einzelnen Punkten mit dem Eröffnungsbeschluß unzufrieden ist, ist Beschwerdegegenstand immer der Eröffnungsbeschluß im ganzen. Seine Beschwerde kann der Schuldner nicht gegen eine einzelne Anordnung im Beschwerdebeschluß richten. Sehr wohl jedoch kann er, wenn er den Eröffnungsbeschluß angreift, sich in dieser Beschwerde allein gegen ein Detail (zum Beispiel Ablehnung der Eigenverwaltung, eine Terminierung oder die Auswahl des Insolvenzverwalters) wenden.

786 Ein **grenzüberschreitendes Verfahren** darf das deutsche Insolvenzgericht nicht eröffnen, wenn bereits in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet ist (Art. 102 § 3 Abs. 1 Satz 1 EGInsO). Dabei spielt keine Rolle, ob das ausländische Insolvenzgericht die Zuständigkeitsvorschriften des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO (nach welchen nur in einem einzigen Mitgliedstaat die Kompetenz für ein Hauptinsolvenzverfahren liegen kann) falsch anwandte. Sollte das deutsche Insolvenzgericht (was es allenfalls in Unkenntnis des fremden Hauptinsolvenzverfahrens tut) ein zweites Hauptinsolvenzverfahren eröffnen, so darf und wird sich der Verwalter des auswärtigen Hauptinsolvenzverfahrens hiergegen beschweren (Art. 102 § 3 Abs. 1 Satz 3 EGInsO). Hierin liegt eine Ergänzung zur Beschwerdebefugnis nach § 34 Abs. 2 InsO.

787 Die Angreifbarkeit des Eröffnungsbeschlusses bringt Unsicherheit in die ersten Schritte der Vermögensbewirtschaftung nach der Eröffnung. Die Rücknahme des Eröffnungsantrages ist aus gleichem Grund ausgeschlossen[11]. Da nun aber nicht wohl die Beschwerde gegen die wichtigste Entscheidung im Insolvenzgeschehen überhaupt ausgeschlossen werden kann, behilft sich der Gesetzgeber damit, daß getätigte Geschäfte ihre Wirksamkeit nicht durch den Erfolg einer Beschwerde verlieren (§ 34 Abs. 3 Satz 3 InsO). Die Beschwerde gegen die Eröffnung hat auch nicht etwa aufschiebende Wirkung (§§ 570 Abs. 1 ZPO, 4 InsO).

788 Wenn es wegen Fristablaufs (§§ 6 Abs. 2 InsO, 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 4 InsO) für die Beschwerde zu spät ist, kann der Schuldner sich immer noch um die Schaffung von Voraussetzungen einer Einstellung nach §§ 212 oder 213 InsO bemühen[12]. Auch die Einstellung eines irrig eröffneten zweiten Hauptinsolvenzverfahrens von Amts wegen (Art. 102 § 4 EGInsO) bleibt unberührt.

II. Verwaltereinsetzung

Literatur: Siehe Hinweise vor Rn. 253 (§ 7)

8 Näher *Bäuerle*, in: *Braun*, § 34 InsO, Rn. 8 ff.; *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 6 InsO, Rn. 38.
9 So zum Beispiel *Schmahl*, in: MünchKomm, § 34 InsO, Rn. 69.
10 BGH, Beschluß vom 15. Juli 2004 – IX ZB 172/03, DZWIR 2004, 387.
11 Siehe zuvor Rn. 782.
12 Siehe zuvor Rn. 782.

Nächstbedeutsamer Inhalt des Eröffnungsbeschlusses nach der Basisentscheidung ist die Bestellung des **Insolvenzverwalters** (§ 27 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 InsO). Im Kleinverfahren ist es die Bestellung des **Treuhänders** (§§ 27 Abs. 1 Satz 2, 313 Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO). Bei **Eigenverwaltung** (gemäß § 312 Abs. 2 InsO nicht im Kleinverfahren möglich) handelt es sich um die Berufung des Schuldners zum Eigenverwalter bei gleichzeitiger Bestellung des **Sachwalters** (§§ 27 Abs. 1 Satz 2, 270 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 InsO). 789

Der Insolvenzverwalter (Treuhänder, Sachwalter) kann mit einem früher für das Eröffnungsverfahren bestellten vorläufigen Verwalter[13] personengleich sein. Isolierte Beschwerde gegen die Verwalterbestellung sieht das Gesetz nicht vor. Doch kann der Schuldner gegen den Eröffnungsbeschluß insgesamt Beschwerde erheben und sich dabei gegen die Verwalterbestellung wenden[14]. Spätere Auswechslung des Verwalters ist unbenommen (§§ 57, 59, 313 Abs. 1 Satz 3, 274 Abs. 1 InsO). Auch ist die zunächst abgelehnte Anordnung der Eigenverwaltung nachholbar (§ 271 Satz 1 InsO), wobei der Insolvenzverwalter zum Sachwalter werden kann (§ 271 Satz 2 InsO). Umgekehrt kann das Gericht seine Anordnung der Eigenverwaltung später revidieren (§ 272 Abs. 1 InsO) und den Sachwalter zum Insolvenzverwalter machen (§ 272 Abs. 3 InsO). 790

III. Terminbestimmung, Aufforderung an die Gläubiger, weitere Inhalte

1. Ansetzen von Gläubigerversammlungen

Der Eröffnungsbeschluß macht auch bereits den Verfahrensablauf in Umrissen planbar. Er legt gemäß § 29 Abs. 1 InsO **zwei unabdingbare Gläubigerversammlungen** (§ 74 Abs. 1 Satz 1 InsO) fest, nämlich den der Weichenstellung dienenden Berichtstermin (§§ 156 f. InsO) und den der Forderungsfeststellung dienenden Prüfungstermin (§§ 176 ff. InsO). Die Termine können zusammenfallen (§ 29 Abs. 2 InsO). 791

Das Kleinverfahren verzichtet auf den Berichtstermin (§ 312 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der Weichenstellung in Richtung eines Insolvenzplans anstelle der Liquidation nach Gesetz könnte der Berichtstermin nicht dienen, weil der Gesetzgeber es für richtig hielt, dem Kleinverfahren den Insolvenzplan vorzuenthalten (§ 312 Abs. 2 InsO). Auch über eine Unternehmensfortführung wird kaum je zu befinden sein, es sei denn, der Schuldner hätte erst vor kurzem den Betrieb eingestellt (vgl. § 304 Abs. 1 Satz 2 InsO). Immerhin müssen auch ohne Möglichkeit eines Insolvenzplans die Vermögensverhältnisse den Gläubigern offengelegt werden. Der Gesetzgeber setzt darauf, daß hinreichende Transparenz der Vermögensverhältnisse bereits durch die vorangegangenen und gescheiterten Schuldenbereinigungsbemühungen entstand[15]. Zuverlässig ist diese Erwartung freilich nicht. Die Schuldenbereinigungsversuche sind nicht mit den Durchdringungsmöglichkeiten ausgerüstet, die das eröffnete Insolvenzverfahren zur Vorbereitung des Berichtstermins bereithält. Offen steht allerdings der schriftliche Austausch der Ergebnisse aus der Sichtung des Vermögens nach Eröffnung (oder in vorläufiger Maßnahme schon vor Eröffnung gemäß §§ 21 f., 306 Abs. 2 Satz 1 InsO). Außerdem kann das Gericht eine Gläubigerversammlung besonders einberufen, um den Bedarf nach einem Berichtstermin zu befriedigen. § 312 Abs. 1 Satz 2 InsO verzichtet nur auf generelle Einberufung zum Berichtstermin. Die gesonderte Einberufung von Gläubigerversammlungen (§§ 74 f. InsO) bleibt unbenommen. 792

Sowohl der Bericht als auch der Prüfungstermin können in Klein- wie in Regelverfahren entfallen, indem das Gericht sich insgesamt für Schriftlichkeit oder zumindest für Schriftlichkeit der Berichterstattung oder der Forderungsprüfung (§ 5 Abs. 2 Satz 1 InsO) entscheidet. 793

13 Siehe oben Rn. 698 ff.
14 Siehe oben Rn. 785.
15 *Römermann*, in: *Nerlich/Römermann*, § 312 InsO, Rn. 10.

2. Auffordern der Gläubiger

794 Die Insolvenzgläubiger fordert das Gericht im Eröffnungsbeschluß auf, ihre Forderungen gemäß § 174 Abs. 1 Satz 1 InsO beim Insolvenzverwalter (im Falle der Eigenverwaltung gemäß § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO beim Sachwalter) zur Tabelle anzumelden (§ 28 Abs. 1 Satz 1 InsO). Falls dies nach Lage des Schuldnervermögens sinnvoll erscheint, dehnt das Gericht die Aufforderung auf nachrangige Forderungen (§§ 39, 264–266, 327, 332 Abs. 1 InsO; eventuell rührt der Nachrang von einer Rangrücktrittsabrede her[16]) aus (§ 174 Abs. 3 Satz 1 InsO). Unterbleibt die Ausdehnung, kann das Gericht sie später noch nachholen.

795 Auch an Inhaber von Mobiliarsicherheiten ergeht die Aufforderung zur Meldung (§ 28 Abs. 2 Satz 1 InsO). Dies zielt nicht auf die Insolvenztabelle, sondern überwiegend auf Absonderung nach §§ 50 f. InsO und im Falle des einfachen Eigentumsvorbehaltes auf Aussonderung nach § 47 InsO. Die meisten Absonderungsberechtigten und der Vorbehaltslieferant werden freilich zugleich auch als Insolvenzgläubiger nach § 28 Abs. 1 Satz 1 InsO angesprochen sein (vgl. § 52 InsO). Nur bei Besicherung fremder Schuld mit Gegenständen des Schuldners hat der Gläubiger keine Doppelrolle im Insolvenzverfahren. Die Vernachlässigung von Mitteilungen nimmt dem Gläubiger nicht sein Recht. Sie kann ihn aber schadensersatzpflichtig machen (§ 28 Abs. 2 Satz 3 InsO). Gegen Immobiliarsicherungsnehmer braucht sich angesichts der im wesentlichen zuverlässigen Dokumentation im Grundbuch keine Aufforderung zu richten. Freilich geht aus dem Grundbuch nicht hervor, in welcher Höhe ein Grundpfandrecht valutiert. Insbesondere bei der fast ausschließlich vorkommenden Grundschuld fallen Nominalbetrag und Stand der gesicherten Forderung nahezu immer weit auseinander. Bei Mobiliarsicherheiten hingegen wird gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 InsO gezielt auch nach dem Schuldenstand gefragt.

796 Aus den zwischen Schuldner und Sicherungsnehmern geschlossenen **Sicherungsverträgen** geht häufig die Verpflichtung des Sicherungsgebers hervor, den Sicherungsnehmer vom sich anbahnenden Verwertungsverfahren zu unterrichten. Insbesondere wird der Sicherungsgeber dazu angehalten, neben Zugriffen der Einzelzwangsvollstreckung einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Eröffnung zu melden. Derartige Klauseln finden sich sowohl in Sicherungsverträgen über Immobilien als auch und insbesondere in solchen über Mobilien. Den Sicherungsnehmer soll das Insolvenzverfahren nicht unvorbereitet treffen, und er hat eine weitere Nachrichtenquelle. Die Mitteilungspflicht trifft nach Eröffnung den Verwalter. Es handelt sich dabei um eine sogleich zu erfüllende Schuld, nicht um eine gemäß § 45 InsO in Geld ausdrückbare und erst mit allem anderen abzuwickelnde Insolvenzforderung (§ 38 InsO).

3. Leistungsverbot an Drittschuldner

797 Gegen Drittschuldner schließlich ergeht das Verbot der Leistung an den Schuldner ohne Zugriff des Verwalters (§ 28 Abs. 3 InsO). Das Verbot entspricht dem Arrestatorium in der Forderungspfändung (§ 829 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Es hängt mit dem Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Verwalter (§ 80 Abs. 1 InsO) zusammen. Bei der Eigenverwaltung entfällt dieser Punkt[17].

798 Der gutgläubig noch an den Schuldner leistende Drittschuldner genießt gemäß § 82 InsO Schutz. Ähnliches kennt man von der Leistung an den Zessionar (§ 407 Abs. 1 BGB). In der

16 Siehe oben Rn. 428.
17 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 29 InsO, Rn. 7.

grenzüberschreitenden Insolvenz bekräftigt Art. 24 EuInsVO den Schutz[18]. Gelingt es hiernach einem Käufer, sich als Drittschuldner von der Kaufpreispflicht durch Zahlung an den Schuldner freizumachen, so endet wegen Bedingungseintritt (§§ 158 Abs. 1, 929 Satz 1 BGB) auch ein Eigentumsvorbehalt. § 91 InsO steht dem Erwerb nicht entgegen, weil die von § 107 Abs. 1 InsO anerkannte Entwicklungsmöglichkeit des Anwartschaftsrechts an der Ware zum vollen Eigentum das größere Gewicht hat. In der grenzüberschreitenden Insolvenz verstärkt Art. 7 Abs. 2 EuInsVO diesen Schutz.

Die Regelung zum Verlust der **Empfangszuständigkeit** betrifft nur diejenigen For- 799
derungen, über die der Gemeinschuldner ohne das Insolvenzverfahren (und ohne vorläufige Arrestierung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 InsO) als Inhaber frei disponieren dürfte. Für Forderungen hingegen, an denen vor Eröffnung Befriedigungsrechte entstanden, gibt nicht § 28 Abs. 3 InsO dem Verwalter die Empfangszuständigkeit. Vielmehr ist zu fragen, ob der Verwalter im Rahmen seiner Bewirtschaftungskompetenz (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO) eine je nach Gestaltung der Sicherheit dem Schuldner gegebene Einziehungsbefugnis weiter nutzen kann[19]. Ansonsten handelt es sich um die Frage der Verwertungszuständigkeit nach §§ 166, 173, 282 Satz 1, 313 Abs. 3 InsO[20].

4. Weitere Bestimmungen

§§ 27 bis 29 InsO legen nur die Mindestgehalte des Eröffnungsbeschlusses fest. Zusätzliche 800
Anordnungen sind damit nicht ausgeschlossen. Andererseits ist das Insolvenzgericht nicht genötigt, ihm vorschwebende weitere Inhalte schon in den Eröffnungsbeschluß aufzunehmen.

Als zusätzliche Gehalte des Eröffnungsbeschlusses kommen zum Beispiel weitere Termine für 801
Gläubigerversammlungen (§ 74 Abs. 1 Satz 1 InsO) in Betracht oder die Berufung eines Gläubigerausschusses (§ 67 Abs. 1 InsO).

Nicht erforderlich ist die Aufhebung der im Eröffnungsverfahren gemäß §§ 21 f. InsO getrof- 802
fenen vorläufigen Maßnahmen. Sie werden ohne weiteres durch den umfassenden Insolvenzbeschlag und die daraus entstehenden Mitwirkungspflichten abgelöst[21].

IV. Publikation

Dem Schuldner, seinen Gläubigern und den Drittschuldnern stellt das Insolvenzge- 803
richt den Eröffnungsbeschluß zu (§§ 30 Abs. 2, 8 InsO, 170 ff. ZPO, 4 InsO). Nicht nur Insolvenzgläubiger sind Empfänger, sondern alle Gläubiger, also auch die Absonderungsberechtigten und die Aussonderungsberechtigten. Allerdings setzt das voraus, daß die Gläubiger und die Drittschuldner dem Gericht aus dem bisherigen Verfahrensverlauf, insbesondere durch die Tätigkeit des vorläufigen Verwalters, bekannt wurden und das Gericht außerdem ihre Anschrift weiß (§ 8 Abs. 2 Satz 1 InsO). Für maßgeblich wird man den Kenntnisstand bei Eröffnung halten dürfen. Erfährt das Insolvenzgericht später von weiteren Empfängern, braucht es die Zustellung nicht nachzuholen.

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den im **Inland** und den im **Ausland ansässigen Emp-** 804
fängern. Dies hängt damit zusammen, daß auch der auswärtige Gläubiger seine Forderung an-

18 Außerhalb des räumlichen Anwendungsbereiches der EuInsVO stellt § 350 InsO den Schutz des Drittschuldners bei ausländischem Insolvenzverfahren sicher.

19 Siehe unten Rn. 902.

20 Dazu unten Rn. 1361 ff.

21 *Kind*, in: *Braun*, § 25 InsO, Rn. 7.

melden darf, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Insolvenzverfahren Hauptinsolvenzverfahren ist oder Territorialverfahren (siehe Art. 32 Abs. 1, 36 Abs. 1, 39 EuInsVO, § 341 InsO). Soweit es Internationales Zustellungsrecht (namentlich die EuZustVO) gestattet, muß deshalb schon aufgrund von § 30 Abs. 2 InsO ins Ausland zugestellt werden. Internationale Gläubigerunterrichtung verlangt überdies Art. 40 EuInsVO (Einzelheiten in Art. 42 Abs. 1 EuInsVO[22], Art. 102 § 11 EGInsO). Diese Unterrichtung geht über den nach § 30 Abs. 2 InsO zuzustellenden Inhalt des Eröffnungsbeschlusses noch hinaus. Im übrigen ist der Insolvenzverwalter nicht gehindert, weitergehende Verbindung zu Gläubigern und Drittschuldnern aufzunehmen. Im Gegenteil wird eine solche Kontaktaufnahme häufig sogar geboten sein, um zeit- und kostensparend frühzeitig Klärungen zu erreichen.

805 Die mit den Zustellungs- und Benachrichtigungsaktivitäten verbundenen Kosten belasten die Masse je nach Lage der Dinge als Gerichtsauslagen nach § 54 Nr. 1 InsO, als Verwalterauslagen nach § 54 Nr. 2 InsO oder als Verbindlichkeit aus Verwalterhandeln nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

806 Der Eröffnungsbeschluß erfährt **öffentliche Bekanntmachung** (§§ 30 Abs. 1, 9 InsO). Damit sollen diejenigen Gläubiger und Drittschuldner erreicht werden, an die eine Zustellung mangels Kenntnis nicht möglich ist. Überhaupt dient die Bekanntmachung der Warnung des Geschäftsverkehrs. Die Bekanntmachung geschieht europaweit (Art. 21 EuInsVO)[23]. Die Kosten gelten als Verfahrenskosten (Art. 23 EuInsVO) und damit als Masseverbindlichkeiten (§ 54 InsO).

807 **Öffentliche Register** erhalten vom Insolvenzgericht ebenfalls Nachricht oder sogar das Ersuchen um Einträge (§§ 31 bis 33 InsO). Der Eintrag der Konkurseröffnung ist aber stets von Amts wegen vorzunehmen; das ergibt sich teils aus der Insolvenzordnung (§§ 32 Abs. 1, 33 Satz 1 InsO betreffend Grundstücke und andere registrierte Gegenstände), teils aus den zum Register gehörigen Gesetzen (z.B. § 32 Abs. 1 Satz 1 HGB betreffend Kaufleute; § 8b Abs. 2 Nr. 11 HGB in Verbindung mit § 9 InsO betreffend das Unternehmensregister). Wiederum gehen die Verbindungen zu den Registern über die nationalen Grenzen hinweg (Art. 22 EuInsVO)[24]. Die Kosten fallen als Verfahrenskosten der Masse zur Last (Art. 23 EuInsVO, § 54 InsO). Die Einträge in den Registern machen die Auflösung von Gesellschaften sichtbar und schneiden den in §§ 81 Abs. 1 Satz 2, 91 Abs. 2 InsO angesprochenen guten Glauben bei Geschäften über registrierte Gegenstände (insbesondere Grundstücke) ab.

808 Die Eröffnung löst darüber hinaus auf der Grundlage von §§ 12 f. EGGVG **zahlreiche Nachrichten** gemäß der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen aus (XIIa/3 Abs. 3 MiZi, begründet in § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG). Adressaten sind unter anderem das Finanzamt, die Staatsanwaltschaft (wegen etwa aufzunehmender Ermittlungen), das Familiengericht (wegen Sorge um das Kindeswohl nach § 1666 BGB; dazu auch § 22a FamFG) und das Arbeitsgericht sowie die Bundesagentur für Arbeit (wo bei Insolvenz eines Arbeitgebers neue Geschäftsanfälle aus Betriebsänderung mit Sozialplan zu befürchten sind). Ein Eintrag ins Schuldnerverzeichnis ist hingegen – anders als bei Nichteröffnung mangels Masse (§ 26 Abs. 2 Satz 1 InsO) – nicht vorgesehen.

809 Selbstredend nehmen sich zahlreiche nichthoheitliche Informationssysteme und Medien bis hin zur allgemeinen Presseberichterstattung der Eröffnung an. Je nach Bedeutung des Falles für die

22 Das nach Art. 42 Abs. 1 EuInsVO notwendige Formblatt ist in den Internet-Seiten des Bundesministeriums der Justiz zu finden unter http://www.bmj.bund.de/media/archive/915.pdf (geprüft am 03.11.2009). Der Nutzen für ausländische Leser ist recht zweifelhaft; siehe unten Rn. 1267.

23 Zur Bekanntmachung einer Eröffnung in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union siehe Art. 102 § 5 EGInsO. Jenseits der Grenzen der EuInsVO machen die deutschen Insolvenzgerichte auswärtige Eröffnungen gemäß §§ 345, 348 InsO in Deutschland bekannt.

24 Registrierung in Deutschland nach auswärtiger Eröffnung gemäß Art. 102 § 6 EGInsO bzw. § 346 InsO.

Öffentlichkeit und Gewichtung der Belange des Schuldners gibt das Insolvenzgericht dazu eine Pressemitteilung heraus.

Hebt das Insolvenzgericht oder das Beschwerdegericht nach Beschwerde den Eröffnungsbeschluß auf[25], so erfolgt gegenläufige Publikation (§§ 34 Abs. 3 Satz 1, 200 Abs. 2 Satz 2, 31 bis 33 InsO) einschließlich entsprechender Mitteilungen (XIIa/4 Abs. 1 Nr. 9 MiZi aufgrund von § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG). 810

25 Vgl. oben Rn. 412.

§ 19 Umfeld des anlaufenden Insolvenzverfahrens

Literatur: *Guski*, Beihilfenrückforderung und Gläubigergleichbehandlung, KTS 2008, 403 ff.; *Landfermann*, Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, in: Kölner Schrift, S. 159 ff.

811 Das in Gang kommende Insolvenzverfahren zeitigt eine Reihe von Fernwirkungen. Nur auf einige kann hier aufmerksam gemacht werden.

I. Einleitung von Strafverfahren und Prüfung von Abgabenpflichten

Literatur: *Bittmann* (Hrsg.), Insolvenzstrafrecht. Handbuch für die Praxis, 2004; *Diversy*, Auswirkungen der Behandlung eines unvollständigen Insolvenzantrags durch den Insolvenzrichter auf das Insolvenzstrafverfahren, ZInsO 2004, 1176 ff.; *Erdmann*, Die Krisenbegriffe der Insolvenzstraftatbestände (§§ 283 ff. StGB), 2007; *Pelz*, Strafrecht in Krise und Insolvenz, 2004; *Plathner*, Der Einfluß der Insolvenzordnung auf den Bankrottatbestand (§ 283 StGB), 2002; *Reck*, Insolvenzstraftaten und Möglichkeiten ihrer Vermeidung, 1999; *Röhm*, Zur Abhängigkeit des Insolvenzstrafrecht von der Insolvenzordnung, 2002; *Rönnau*, Die Strafbarkeit des Vorenthaltens von Arbeitnehmersozialversicherungsbeiträgen in der Krise des Unternehmens, NJW 2004, 976 ff.; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 7. Aufl., 2006.

812 Verfahrenseröffnung (§ 27 Abs. 1 Satz 1 InsO), Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) und schon zuvor Sicherungsmaßnahmen (§§ 21 f. InsO) können Anlaß zu anderen gerichtlichen und behördlichen Maßnahmen bieten. Das Insolvenzgericht unterrichtet die verschiedensten Stellen von seinen Beschlüssen (XIIa/1 bis XIIa/3 MiZi). Von **besonderer Bedeutung** ist, ob die gewonnenen Erkenntnisse die Suche nach Unregelmäßigkeiten in der **Abgabentreue** nahelegen und den **Verdacht von Straftaten** (§ 160 Abs. 1 StPO) begründen. Die Erfahrung zeigt, daß in vielen Insolvenzen hohe Rückstände an Steuern und anderen Abgaben aufgelaufen und die Schuldner (oder deren Organe) in oft großem Ausmaß ihren Aufzeichnungs- und Erklärungspflichten gegenüber den Abgabenbehörden nur unzulänglich nachgekommen sind. Dies beschert Finanzämtern, Sozialversicherungsträgern und Staatsanwaltschaften manchen Arbeitseingang. Zu retten sind verkürzte Abgaben angesichts der Insolvenz meistens allenfalls in geringen Bruchteilen. Mit Übernahme der Verfügungsgewalt (§ 80 Abs. 1 InsO, § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO) fallen die abgabenrechtlichen Mitwirkungspflichten gemäß § 34 Abs. 1, Abs. 3 AO an den Verwalter.

813 Die von der Staatsanwaltschaft (§ 160 StPO) und teilweise von der Finanzverwaltung (§§ 208 ff., 385 ff. AO) aufzunehmenden strafrechtlichen Ermittlungen gelten naturgemäß vor allem den Insolvenzstraftatbeständen (§§ 283 ff. StGB), den Steuerstraftaten und den Steuerordnungswidrigkeiten (§§ 369 ff. AO). Sie beschränken sich aber nicht darauf. Zu denken ist an Verletzung von Strafvorschriften über Antragspflichten (§ 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO), aber auch an die in der Krise häufig vorkommenden Vermögensdelikte wie Betrug in seinen verschiedenen Erscheinungsformen (§§ 263 ff. StGB), Untreue (§ 266 StGB) und Vorenthalten oder Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB). Zu denken ist ferner an die Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB)[1]

1 Nicht deswegen strafbar macht sich, wer in finanzieller Bedrängnis sein Vermögen auf einen Treuhänder überträgt, damit dieser versuche, die Gläubiger in einvernehmlicher Regelung gleichmäßig

und an die Verletzung handelsrechtlicher Pflichten zu Aufzeichnung und Rechnungslegung (§§ 331 ff., 340m f.; 341m f. HGB)[2]. Beschuldigte sind namentlich der Schuldner oder seine Organe. Aber auch Dritte (Anteilseigner, Angehörige, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Geschäftspartner), die mit dem Schuldner zu tun hatten, können in Verdacht geraten.

Für die Insolvenzstraftaten ist Zahlungseinstellung, Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens objektive Bedingung der Strafbarkeit (§§ 283 Abs. 6, 283b Abs. 3, 283c Abs. 3, 283d Abs. 4 StGB). 814

Bereits während des Strafverfahrens muß der Insolvente ein vorläufiges Berufsverbot (§ 132a StPO) und bei Verurteilung ein Berufsverbot als Maßregel (§ 70 StGB) befürchten. Betroffene entwickeln große Erfindungsgabe darin, mit Hilfe von vorgeschobenen Angehörigen oder anderen Hilfsbereiten vorzeitig im selben Beruf wieder tätig zu werden. 815

Die **Verwirklichung von Straf- oder Bußgeldtatbeständen** kann zugleich Anfechtungstatbestände im Sinne von §§ 129 ff. InsO gesetzt haben. Auch kann sie, wenn es sich bei dem Straf- oder Bußgeldtatbestand um ein Schutzgesetz handelt, Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB auslösen. Ferner kommt Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung (§ 826 BGB) in Betracht. Rechtsgeschäfte können wegen Gesetzwidrigkeit nach § 134 BGB in Verbindung mit der verletzten Vorschrift oder wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dabei gilt es aber die (problematische) Rechtsprechung zu beachten, wonach für die über Anfechtung hinausgehenden Konsequenzen in Deliktshaftung und Nichtigkeit zu den Anfechtungsmerkmalen noch ein weiterer Umstand hinzutreten muß[3]. 816

II. Hemmung der Verjährung und Unterbrechung schwebender Prozesse

Literatur: *Damerius*, Das Schicksal schwebender Verfahren des Insolvenzschuldners, 2007; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Verfahrensunterbrechung durch Insolvenzeröffnung, NJW 2004, 3222 ff.; *Hildebrandt*, Zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens während eines anhängigen selbständigen Beweisverfahrens, ZfIR 2004, 92 ff.; *Rückert*, Einwirkung des Insolvenzverfahrens auf schwebende Prozesse, 2007.

1. Hemmung der Verjährung

Nicht schon die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern **erst die Forderungsanmeldung** (§ 174 Abs. 1 Satz 1 InsO) bringt drohende Anspruchsverjährung (§ 194 Abs. 1 BGB) zum Stillstand (§ 204 Abs. 1 Nr. 10 Fall 1 BGB). Schuldenbereinigungsbemühungen, vor allem vor dem Kleinverfahren (§§ 305 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4, 306 ff. InsO) können aber schon vorher Hemmung (§§ 203 Satz 1, 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB) oder durch Anerkennung der Schuld sogar Neubeginn der Verjährung (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) verursacht haben[4]. 817

zu bedienen und notfalls das Kleininsolvenzverfahren vorbereite. Siehe OLG München, Beschluß vom 29. August 2000 – 2 Ws 991/00, ZIP 2000, 1841 f.

2 Die Verletzung der in §§ 140 ff. AO geregelten steuerlichen Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten zählt zu den steuerlichen Bußgeldvorschriften. Siehe zu den handels- und steuerrechtlichen Pflichten auch oben Rn. 588.

3 Siehe oben Rn. 597.

4 Siehe oben Rn. 763.

2. Unterbrechung von Verfahren mit Massebezug

818 **Laufende Zivilprozesse** (nach der Rechtsprechung auch Beweissicherungsverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO[5]) mit Bezug zur Masse (§ 35 InsO) erleiden mit der Eröffnung Unterbrechung (§ 240 Satz 1 ZPO), sofern das nicht schon mit der Bestellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters geschah (§ 240 Satz 2 ZPO)[6]. Nur wenn die mündliche Verhandlung (oder der sie im schriftlichen Verfahren ersetzende Schriftsatztermin nach § 128 Abs. 2 Satz 2 ZPO) schon vorüber war, darf das Gericht noch urteilen (§ 249 Abs. 3 ZPO). Es findet also kein gesetzlicher Parteiwechsel zum Insolvenzverwalter statt. Ein regelwidriges Urteil ist jedoch nicht kraftlos, sondern muß mit den üblichen Rechtsbehelfen – sofern statthaft – angegriffen werden[7]. Dieser Angriff kann noch zwischen den ursprünglichen Parteien stattfinden[8].

819 Unterbrochen wird auch ein bei Eröffnung schwebender Anfechtungsprozeß um Abflüsse aus dem Schuldnervermögen, in dem sich ein Vollstreckungsgläubiger mit einem Dritten befindet (§ 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG). Zwangsvollstreckungsverfahren hingegen erleiden keine Unterbrechung nach § 240 ZPO; vielmehr ist das Verhältnis von Einzel- und Gesamtvollstreckung speziell in §§ 88 ff. InsO geordnet.[9]

820 Die Masse ist im Sinne dieser Vorschriften sowohl dann betroffen, wenn der Prozeß einen Massegegenstand behandelt (insbesondere eine Forderung des Schuldners), als auch dann, wenn er gerade der Abtrennung vom Vermögen des Schuldners dient (z.B. bei einem Herausgabeverlangen). Massebezug hat aber auch die gegen den Schuldner geführte Leistungsklage aufgrund einer Forderung, deretwegen der Gläubiger nach Eröffnung Insolvenzgläubiger ist; an die Stelle des unterbrochenen Prozesses treten Anmeldung und Prüfung der Forderung nach §§ 174 ff. InsO. In der Insolvenz einer Gesellschaft hat auch die Haftung ihrer Mitglieder (wenn das Gesetz eine solche kennt) den nötigen Massebezug. Man erkennt dies an der Bündelung in der Hand des Insolvenzverwalters nach § 93 InsO. Folgerichtig muß man einen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Personengesellschaft von einem Gesellschaftsgläubiger angestrengten Haftungsprozeß gegen einen Gesellschafter als mit der Eröffnung unterbrochen ansehen.[10]

821 Die Regelungen der §§ 240 ff. ZPO gelten in anderen Verfahrensordnungen entsprechend, beispielsweise im Verwaltungsprozeß und im Verfahren vor dem Arbeitsgericht (§ 173 Satz 1 VwGO; § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG). Einige Gerichte werden vorsorglich benachrichtigt (XIIa/1 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 5, XIIa/3 Abs. 3 Nr. 4, Nr. 10 MiZi).

822 Die EuInsVO überläßt die Unterbrechungswirkung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren der Regelung durch das mitgliedstaatliche Prozeßrecht (Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f Halbsatz 2, 15 EuInsVO). Das deutsche Insolvenzverfahren unterbricht Verfahren vor auswärtigen Gerichten also nur nach Maßgabe des auswärtigen Verfahrensrechts. Unterbrechung von masseberührenden Prozessen vor deutschen Gerichten durch auswärtige Insolvenzverfahren bestimmt § 352 InsO.

5 OLG Hamburg, Beschluß vom 22. März 2000 – 11 W 11/00, ZInsO 2001, 132; ablehnend *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 5 InsO, Rn. 15.

6 Vgl. oben Rn. 385, Rn. 764.

7 BGH, Beschluß vom 31. März 2004 – XII ZR 167/00, KTS 2005, 99, mit Anm. *Pobuda*, KTS 2005, 99 ff.

8 So geschehen bei BGH, KTS 2005, 99.

9 BGH, Beschluß vom 28. März 2007 – VII ZB 25/05, NJW 2007, 3132, 3122. Zu ungehinderter Fortsetzung eines Vollstreckungsklausel-Erteilungsverfahrens BGH, Beschluß vom 12. Dezember 2007 – VII ZB 108/06, NJW 2008, 918, 919; siehe dazu auch oben Rn. 214.

10 Siehe BGH, Beschluß vom 20. November 2008 – IX ZB 199/05, DZWIR 2009, 194 f.

Die Unterbrechung ist Ausdruck der Verdrängung des Schuldners aus der Verfügungsgewalt über sein Vermögen. Es liegt beim Verwalter (bei Unterbrechung schon vor Eröffnung beim vorläufigen Verwalter), im Rahmen der ihm obliegenden Vermögenspflege den Stand eines vom Schuldner initiierten Verfahrens zu prüfen und es gegebenenfalls durch Aufnahme (§ 250 ZPO) wieder voranzutreiben (§§ 85 Abs. 1, 24 Abs. 2 InsO). Je nach Stand des unterbrochenen Verfahrens kann die Aufnahme sich in Einlegen eines Rechtsbehelfs ausdrücken (auch wenn es nur um die Klärung geht, daß das angegriffene Urteil wegen der Unterbrechung nicht mehr hätte ergehen dürfen[11]). Will der Verwalter die vom Schuldner begonnenen Prozesse nicht aufnehmen, können sich der Gegner oder der Schuldner noch dazu entschließen (§§ 85 Abs. 2, 24 Abs. 2 InsO). 823

Auch bestimmte Prozesse, die der Gegner in Gang setzte, kann der Verwalter aufnehmen. Er hat dabei aber keinen Entscheidungsvorrang vor dem Gegner (§§ 86 Abs. 1, 24 Abs. 2 InsO). Hierbei handelt es sich nicht um Klagen von Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO). Der Verwalter tritt mit und nach der Aufnahme als Partei kraft Amtes (vgl. § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO) auf. 824

Die Aufnahme zur Vermögenspflege gemäß §§ 85 f. InsO ist nicht zu verwechseln mit der Aufnahme zur Klärung einer im Prüfungstermin bestrittenen Insolvenzforderung (§§ 180 Abs. 2, 184 Satz 2 InsO). Auch letztere knüpft aber an die Unterbrechung nach § 240 ZPO an. 825

Ebenfalls eine Sonderstellung nimmt die Aufnahme eines schwebenden Anfechtungsprozesses (§ 17 Abs. 1 Satz 2 AnfG) zwecks Masseanreicherung ein. Die Unterbrechung ergab sich aus § 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG. 826

Die Unterbrechung ist kein Verfahrensstillstand, welcher die mit dem Prozeß eingetretene Hemmung der Verjährung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) nach § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB gefährdet. 827

So wie der Verwalter Massegegenstände aus dem Beschlag entlassen kann, kann er dem Schuldner auch die Fortsetzung schwebender Prozesse freigeben. Es ist dann Angelegenheit des Schuldners, aufzunehmen oder nach Aufnahme durch den Gegner am weiteren Verfahren mitzuwirken.[12] 828

Auch bei Eigenverwaltung unterbricht die Eröffnung den laufenden Prozeß. Der Schuldner wird gewissermaßen von seinem Prozeß getrennt und in neuer Rolle wieder zu ihm zugelassen. Daß dies kein leerer Formalismus ist, erkennt man daran, daß auch bei Eigenverwaltung die Forderungsfeststellung nach §§ 174 ff. InsO (mit Anmeldung beim Sachwalter gemäß § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO) den bisher laufenden Prozeß eines Gläubigers verdrängt. 829

Streitigkeiten um massefremde Angelegenheiten werden nicht gemäß § 240 ZPO unterbrochen. Insbesondere bleiben Prozesse um unpfändbare und deswegen nicht zur Masse zählende Objekte (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO) unberührt. Auch Prozesse um höchstpersönliche Rechte oder Pflichten des Schuldners tastet § 240 ZPO nicht an. Lediglich wenn sie die Anfechtbarkeit früherer Vermögensabflüsse betreffen, können Prozesse um – derzeit – Massefremdes gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG Unterbrechung erfahren[13]. 830

Betrachtet ein Gericht das schwebende Verfahren als unterbrochen, wird es weitere Prozeßhandlungen der nicht aufnahmebefugten Partei die Anerkennung versagen, indem es mit Zwischenurteil die Unterbrechung feststellt[14]. Der Anspruch auf Justizgewähr gebietet es dann allerdings, der aus dem Prozeß gedrängten Partei analog zu §§ 280 Abs. 2 Satz 1, 304 Abs. 2 Halbsatz 1 ZPO (Zwischenurteile zur Zulässigkeit der Klage oder zur Anspruchsbegründung betreffend) dasjenige Rechtsmittel zuzugestehen, welches statthaft wäre, wenn schon ein End-

11 Vgl. oben Rn. 818.
12 Siehe oben Rn. 408.
13 Oben Rn. 819.
14 BGH, Beschluß vom 21. Oktober 2004 – IX ZB 205/03, NJW 2005, 290, 291.

urteil vorläge[15]. Namentlich ist das die Berufung oder die Revision. Zur Zulässigkeit des Rechtsmittels ist freilich zu verlangen, daß die Partei nicht nur überhaupt ihr Anliegen weiterverfolgen will, sondern gezielt (nicht notwendig ausdrücklich) geltend macht, es liege keine Unterbrechung nach § 240 ZPO oder nach § 17 AnfG vor[16]. Ob tatsächlich der Prozeß nicht unterbrochen wurde, ist dann Frage der Begründetheit. Hat die Partei Erfolg und räumt das höhere Gericht die Feststellung der Unterbrechung aus, so wird der Prozeß in unveränderter Rollenbesetzung fortgesetzt.

III. Verlust der Eignung für Ämter und Berufe?

831 **Literatur:** *Ehlers*, Vermeidung des Widerrufs der Zulassung als kammergebundener Freiberufler wegen Vermögnesverfalls, NJW 2008, 1480 ff.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Abweisung des Eröffnungsantrages und unter Umständen schon vorläufige Maßnahmen legen Vermögensverfall bloß. Viele Berufe, Ämter und im öffentlichen Interesse übernommene Aufgaben verlangen aber, daß der Ausübende in **geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen** lebt. Die Insolvenz gefährdet beispielsweise

- Einstellung als Beamter, Richter, Soldat;
- Ausübung eines Gewerbes unter dem Gesichtspunkt der Unzuverlässigkeit (§§ 29 ff., 35 GewO; siehe aber auch vorläufige Schonung in dem bei Eröffnungsantrag ausgeübten Gewerbe nach § 12 GewO);
- Zulassung als Anwalt (§§ 7 Nr. 9, 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO)[17];
- Amt als Notar (§ 50 Abs. 1 Nr. 6 und 8 BNotO);
- Eignung zum Betrieb einer Gütestelle nach § 15a EGZPO gemäß den Landesgesetzen über Gütestellen und Schlichtung;
- Eignung zur Insolvenzverwaltung;
- Eignung zu kommunalem Ehrenamt oder zu Staatsamt;
- Bestellung zum Vormund (§§ 1778 Abs. 1 Nr. 4, 1886 BGB), Betreuer (§ 1897 Abs. 1, 1908b Abs. 1 BGB), Pfleger (§§ 1778 Abs. 1 Nr. 4, 1886, 1915 Abs. 1 BGB); Erlaubnis zur Familienpflege (§ 44 SGB VIII; vgl. § 1688 Abs. 1 BGB), zum Beispiel zwecks Erprobung vor Adoption (§ 1744 BGB); die Adoption selbst (§ 1741 Abs. 1 BGB)[18].

Gelingt es freilich, die Gläubigerschaft zur Teilnahme an einem Schuldenbereinigungsplan (§§ 305 ff. InsO) oder an einem Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO) zu bewegen, so kann damit das im Vermögensverfall liegende Hindernis ausgeräumt sein[19]. Ein Verfahren zur Amtsenthebung des in Vermögensverfall geratenen Notars gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO tritt freilich nicht hinter das Insolvenzverfahren zurück; der Fortgang von Bemühungen um einen Insolvenzplan wird nicht abgewartet[20]. Gleiches gilt für den Widerruf einer Anwaltszulassung nach § 14

15 BGH, NJW 2005, 290, 291.

16 BGH, NJW 2005, 290, 291.

17 Zu sofortiger Vollziehung des Widerrufs der Anwaltszulassung, wenn insolventer Anwalt hinter dem Rücken des Insolvenzverwalters Barzahlungen von Mandanten entgegennimmt, BGH, Beschluß vom 21. Juli 2003 – AnwZ B 37/03, ZInsO 2003, 992.

18 Siehe auch Mitteilungspflichten gegenüber dem Vormundschaftsgericht nach § 35a FGG.

19 BVerfG, Beschluß vom 28. April 2004 – 1 BvR 912/04, ZVI 2004, 297, 298.

20 BGH, Beschluß vom 20. November 2006 – NotZ 26/06, NJW 2007, 1287, 1288 f.

Abs. 2 Nr. 7 BRAO[21] und für sonstige Verfahren, die auf Insolvenz von Amtsträgern reagieren. Der insolvente Rechtsanwalt kann seine Wiederzulassung nach der Restschuldbefreiung (§ 301 InsO), aber auch schon in der Wohlverhaltensperiode (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO) beantragen[22].

IV. Mitgliedschaft in Gesellschaften oder Gemeinschaften

1. Insolvenz der Gesellschaft

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft berührt das Vermögen ihrer **Mitglieder** nicht unmittelbar. Das gilt sowohl für die juristische Person, insbesondere die Kapitalgesellschaft, als auch für die Personengesellschaft. Selbst wenn die Mitglieder als solche persönlich für die Gesellschaftsschulden haften (z.B. gemäß § 128 Satz 1 HGB oder wegen Durchgriffs aus besonderen Umständen wie Beherrschung oder Vermögensvermischung[23]), sind die Vermögensmassen von Gesellschaft und Mitgliedern insolvenzrechtlich **streng** voneinander getrennt. Das gilt auch dann noch, wenn in der Insolvenz der Gesellschaft der Verwalter die Gesellschafterhaftung gemäß § 93 InsO (unmittelbar bei der gesetzlichen Mitgliederhaftung; analog bei der irregulären Durchgriffshaftung von Mitgliedern einer juristischen Person[24]) gebündelt in Anspruch nimmt[25]. Allerdings beeinflußt die Insolvenz der Gesellschaft mittelbar das Vermögen des Mitgliedes insofern, als sein Anteil meist schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entwertet ist und je nach Verlauf des Insolvenzverfahrens, das heißt nach Kostenentwicklung und Erfolg von Sanierungsbemühungen noch weiter an Wert einbüßt. Verfall des Anteilswerts und persönliche Haftung verursachen dann häufig zusätzlich die Insolvenz des Mitgliedes selbst. **832**

Mit seiner Einlage, das heißt mit seinem Anspruch auf deren Rückgewähr, steht das Mitglied an **letzter Stelle** in der Befriedigungsfolge des Insolvenzverfahrens. Erst wenn bei der Schlußverteilung alle Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) – auch die nachrangigen (§ 39 InsO) – vollends bedient werden konnten, kann ein Überschuß an die Mitglieder verteilt werden (§ 199 Satz 2 InsO). Der Verteilungsschlüssel entspricht einer fiktiven Liquidation nach Auflösung ohne Insolvenzverfahren (§ 199 Satz 2 am Ende InsO). In der Praxis kommt der Fall so gut wie nie vor, daß eine Gesellschaft insolvent wird und trotzdem der in der Zerschlagung erzielbare Erlös die durch die Kosten des Insolvenzverfahrens noch kräftig in die Höhe getriebenen Schulden deckt. Mit seinen Forderungen aus noch unerledigten Darlehen an die nunmehr in Konkurs gefallene Gesellschaft (früher aus kapitalersetzenden Darlehen und anderen kapitalersetzenden Geschäften mit der Gesellschaft) steht das Mitglied nur unwesentlich günstiger da, weil diese unter den nachrangigen Insolvenzforderungen die letzte Stelle einnehmen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, Abs. 5 InsO; früher §§ 32a Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F., §§ 129a Satz 1, 172a Satz 1 HGB a.F., § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.)[26]. **833**

Für die Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB) sind diese Überlegungen nicht anzustellen, weil es kein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gemeinschaft gibt. **834**

21 BGH, Beschluß vom 3. Juli 2006 – AnwZ (B) 57/05 (unveröffentlicht).

22 BGH, Beschluß vom 7. Dezember 2004 – AnwZ (B) 40/04, NJW 2005, 1271, 1272.

23 Siehe BGH, Urteil vom 4. Mai 1974 – VI ZR 8/73, NJW 1974, 1371, 1372 f.; BGH, Urteil vom 16. September 1985 – II ZR 275/84, BGHZ 95, 330, 334.

24 Siehe LG Hildesheim, Urteil vom 16. Januar 2001 – 10 O 135/00, DStR 2001, 34 mit Anm. *Haas/Holla*, DStR 2001, 1447 f.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 93 InsO, Rn. 8.

25 Näher zu § 93 InsO unten Rn. 1067 ff.

26 Siehe oben Rn. 264 und unten Rn. 1447 ff.

2. Insolvenz des Mitgliedes

a) Gesellschaften

835 Das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesellschaftsmitgliedes berührt das Gesellschaftsvermögen ebenfalls nicht unmittelbar. Allerdings fällt der Anteil des insolventen Mitgliedes an der Gesellschaft, beispielsweise die in der Aktie verkörperte Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, als Vermögenswert in die Masse (§ 35 Abs. 1 InsO). **Massefrei** bleiben jedoch die persönlichen Aspekte der Mitgliedschaft. So hat die Insolvenz eines Vereinsmitgliedes keine Bedeutung für seine nur ihm höchstpersönlich gestattete Teilnahme am Vereinsleben.

836 Bei **Personengesellschaften** und bei der **Kommanditgesellschaft auf Aktien** sieht das Gesetz allerdings vor, daß die Insolvenz des Mitgliedes zur Trennung führt. Dahinter steht die Vorstellung, daß die typischerweise in der Personengesellschaft herrschende enge Verbindung der Mitglieder mit der Einwirkung eines Insolvenzverwalters nicht wohl vereinbar ist. Ob die Gesellschaft erwerbsorientiert ist oder nicht, ist in dieser Überlegung gleichgültig.

837 Die schärfste Folge enthält § 728 Abs. 2 Satz 1 BGB für die **Gesellschaft bürgerlichen Rechts**. Sie wird bei Insolvenz eines Mitgliedes aufgelöst. Der in die Masse fallende Anteil des insolventen Gesellschafters ist also (von der notdürftigen einstweiligen Fortführung der Gesellschaft nach §§ 727 Abs. 2 Sätzen 2 und 3, 728 Abs. 2 Satz 2 BGB abgesehen) kein aktiver Anteil mehr, sondern ein Anteil an dem zur Auseinandersetzung bestimmten Gesellschaftsvermögen, letztlich also ein Guthaben in der Auseinandersetzung. Die Liquidation geschieht, wie § 84 Abs. 1 Satz 1 InsO klarstellt, außerhalb des Insolvenzverfahrens.

838 Gesellschaftsinterne Ansprüche genießen abgesonderte Befriedigung aus dem Anteil des insolventen Mitgliedes (§ 84 Abs. 1 Satz 2 InsO). Aufwendungsersatz für den Geschäftsführer wegen zwischenzeitlicher Notgeschäftsführung (wie zuvor §§ 727 Abs. 2 Sätzen 2 und 3, 728 Abs. 2 Satz 2 BGB) ist sogar Masseschuld (§ 118 Satz 1 InsO), da der Geschäftsführer den Aufwendungen nicht mehr mit Rücksicht auf das Insolvenzverfahren ausweichen kann und die Aufwendungen mittelbar vom Insolvenzverfahren veranlaßt erscheinen. Wegen Aufwendungsersatzes für nicht eilbedürftige Geschäfte kann sich der gutgläubige Geschäftsführer, obwohl sein Anspruch erst nach Eröffnung entsteht, als Insolvenzgläubiger melden (§ 118 Satz 2 Halbsatz 1 InsO).

839 Für offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft ist gesetzlich nur Ausscheiden des insolventen Mitgliedes, nicht Auflösung der Gesellschaft bestimmt (§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 161 Abs. 2 HGB). Die Kommanditgesellschaft schließt sich dem an (§ 289 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 AktG). Der ausgeschiedene Gesellschafter hat keinen Anteil mehr, sondern nur noch einen Abfindungsanspruch. Dieser, nicht die Beteiligung, fällt in die Masse. Der Insolvenzverwalter hat demnach nicht die Möglichkeit, anstelle des insolventen Mitgliedes die Auflösung herbeizuführen, um das Auseinandersetzungsguthaben für das Insolvenzverfahren nutzbar zu machen. Typischerweise sorgt, damit die Abfindungslast die Existenz der Gesellschaft nicht gefährdet, die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages (z.B. Abfindung nur nach Buchwerten) dafür, daß der Abfindungsanspruch deutlich geringer ausfällt als ein fiktives Auseinandersetzungsguthaben.

840 Es steht Gesellschaften frei, die Konsequenzen der Insolvenz eines Mitgliedes für den Bestand der Gesellschaft abweichend zu regeln. Insbesondere können sie Ausscheiden statt Auflösung

und umgekehrt vereinbaren (klargestellt in § 131 Abs. 3 Satz 1 HGB). Von dieser privatautonomen Regelung hängt dann auch die Anwendung der §§ 84, 118 InsO ab.

b) Gemeinschaften

841 Die **Bruchteilsgemeinschaft** (§ 741 BGB) bleibt in der Insolvenz eines Beteiligten intakt. Das gilt auch für das **Eigentum nach Bruchteilen** (§§ 741, 1008 BGB) und dessen Sonderformen Wohnungseigentum und Teileigentum (§ 1 WEG). Der Bruchteil des Insolventen gehört zur Insolvenzmasse. Der Insolvenzverwalter kann deswegen, falls dies der Beteiligte tun könnte (§ 749 BGB), die Auflösung der Gemeinschaft betreiben. Diese Liquidation geschieht wie die Liquidation einer Gesellschaft[27] außerhalb des Insolvenzverfahrens (§ 84 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die Wohnungs- und die Teileigentümergemeinschaft sind jedoch kraft Gesetzes unauflöslich (§ 11 InsO). Der Verwalter ist also auf die Verwertung der Eigentumswohnung oder des Teileigentums allein beschränkt. Umgekehrt wirkt bei der einfachen Bruchteilsgemeinschaft ein vertraglicher Ausschluß der Aufhebung (vgl. 751 BGB) im Insolvenzverfahren nicht (§ 84 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Beteiligten können also die Gemeinschaft nicht vor der Insolvenz eines Mitgliedes schützen.

V. Nutzung von Bürgschaften, Sachsicherheiten und Gesellschafterhaftung

1. Personalsicherheiten

842 Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder deren Ablehnung mangels Masse steht fest, daß das Schuldnervermögen keine einschränkungslose Befriedigung mehr erlaubt. Hatte sich jemand für eine Verbindlichkeit des Schuldners verbürgt (§ 765 Abs. 1 BGB), so konnte er das selbstschuldnerisch tun (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB; § 349 HGB) oder mit Genuß der Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB). Falls er die Einrede hatte, verliert er sie nunmehr – gemäß § 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB wegen Eröffnung beziehungsweise gemäß § 773 Abs. 1 Nr. 4 BGB wegen Aussichtslosigkeit der Einzelvollstreckung bei Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse. Auch wenn es sich um eine Ausfallbürgschaft handelte, bei der nicht der Bürge sich mit Vorausklageeinrede wehrt, sondern von vornherein der Gläubiger die Aussichtslosigkeit eines Vorgehens gegen den Schuldner belegen muß, kann sich der Bürge seiner Inanspruchnahme nicht länger verweigern. Freilich muß die gesicherte Forderung fällig sein. Die zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens angeordnete Fälligkeitsfiktion (§ 41 Abs. 1 InsO), schlägt trotz Akzessorietät der Bürgenhaftung (§ 767 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht ohne weiteres auf die Bürgenschuld durch, weil diese außerhalb des Verfahrens steht[28]. Vielmehr kommt es auf die im Bürgschaftsvertrag getroffene Abrede und deren Auslegung an.

843 Welche Auswirkungen die Entscheidung über den Eröffnungsantrag auf andere Personalsicherheiten (z.B. Garantie, Patronatserklärung) hat, hängt ebenfalls von deren vertraglicher Ausgestaltung ab. Zumeist haben die Parteien keine Parallele zur Vorausklageeinrede des Bürgen vereinbart. Die Sicherheit wird vielmehr überwiegend ohne Rücksicht auf eine insolvenzgerichtliche Entscheidung durchsetzbar. Doch kann die Eröffnung letzte Zweifel beseitigen helfen. Eine automatische Fälligkeit auch der Mitverpflichtung nach § 41 InsO gibt es jedenfalls

27 Siehe oben Rn. 837.

28 Ebenso *Bäuerle*, in: *Braun*, § 41 InsO, Rn. 9; *Bitter*, in: MünchKomm, § 41 InsO, Rn. 32.

nicht[29]. Im Falle der Gesamtschuldnerschaft verhindert § 425 Abs. 1 BGB das Durchschlagen der vorgezogenen Fälligkeit. Dieser Gedanke ist verallgemeinerbar.

844 Der Zugriff auf andere persönlich Haftende beschneidet nicht die Berechtigung des Insolvenzgläubigers, seine Forderung in voller Höhe im Insolvenzverfahren zu erheben (§ 43 InsO). Eine Ausnahme besteht in gleichzeitigen Insolvenzverfahren über den Nachlaß und über das Vermögen des Erben. Der Nachlaßgläubiger kann im Erbenkonkurs nur seinen im Nachlaßkonkurs erlittenen Ausfall anmelden (§§ 52, 331 Abs. 1 InsO).

2. Sachsicherheiten

845 Die Ausnutzung der Sachsicherheiten aus dem Schuldnervermögen unterfällt mit Eröffnung den Regeln über abgesonderte Befriedigung (§§ 48 ff., 165 ff. InsO)[30]. Im Grundsatz unterscheidet das Gesetz nicht danach, ob die Sicherung sich auf eigene Verbindlichkeiten des Schuldners bezieht, der Sicherungsnehmer also zugleich Insolvenzgläubiger ist (§ 52 Satz 1 InsO), oder ob der Schuldner mit seinem Gegenstand einem Dritten zur Seite stand, der Sicherungsnehmer also keine persönliche Forderung (§ 38 InsO) gegen den Schuldner hat. Vor der Eröffnung kann der Sicherungsnehmer die Sachsicherheiten verwerten, soweit nicht Sicherungsmaßnahmen (§§ 21 ff. InsO)[31] und im Nachhinein die Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3 InsO) entgegenstehen. Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse schränkt die Verwertung nicht ein.

846 Eröffnungsverfahren und eröffnetes Verfahren berühren Sachsicherheit des Insolvenzgläubigers aus **Vermögen eines Dritten** nicht schon nach Insolvenzverfahrensrecht. Denn Vermögen eines Dritten gehört auch dann nicht zur Masse, wenn es für die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners eingesetzt ist. Die Sicherungsvereinbarung des Gläubigers mit dem Dritten kann aber die Verwertungsreife vom Stand eines Insolvenzverfahrens über das Schuldnervermögen abhängig machen. Hierbei kann auch die vorgezogene Fälligkeit der gesicherten Forderung nach § 41 Abs. 1 InsO eine Rolle spielen. Sie schlägt aber nicht prinzipiell auf die Verwertungsreife der Sachsicherheit durch, mag auch die Sachsicherheit eine akzessorische sein (Pfandrecht; Hypothek). Vielmehr bedarf es entsprechender Vereinbarung, bei akzessorischer Sicherheit (auch) auf der sachenrechtlichen Ebene.

847 Nur zum Teil beschneidet die Sachsicherheit den Auftritt des Sicherungsnehmers als Insolvenzgläubiger. Soll die Sachsicherheit Insolvenzschulden abdecken, so kann der Sicherungsnehmer seine Insolvenzforderung zwar in voller Höhe anmelden (§ 52 Satz 1 InsO). An der Erlösausschüttung nimmt er aber nur in der Höhe des nach Nutzung oder Aufgabe der Sicherheit bleibenden Ausfalls teil (§ 52 Satz 2 InsO). Hierin liegt eine Parallele zur Abwehr der Einzelvollstreckung bei genügender Sachsicherheit nach § 777 ZPO (*beneficium excussionis realis* – Wohltat dinglicher Ausklagungsmöglichkeit, das heißt Einrede der Vorausklage, ähnlich wie sie § 771 Satz 1 BGB auch dem Bürgen zugesteht). Ist nicht der Schuldner selbst, sondern ein Dritter Sicherungsgeber, so kann der Gläubiger seine Insolvenzforderung ungeschmälert er-

29 Vgl. *Bäuerle*, in: *Braun*, § 41 InsO, Rn. 9.
30 Näher unten § 30 (Rn. 1321 ff.). Wegen der Verwertungsreife siehe auch unten Rn. 1228 ff.
31 Siehe oben Rn. 696 ff.

heben und muß – soweit es der Erlös überhaupt zuläßt – voll bedient werden (§ 43 InsO[32]).

3. Persönliche Haftung von Gesellschaftern

Inanspruchnahme persönlich haftender Gesellschafter der insolventen Gesellschaft konzentriert sich in der Hand des Verwalters, sobald das Verfahren eröffnet ist (§ 93 InsO)[33]. Bis dahin können die Gläubiger einzeln gegen das Mitglied vorgehen – falls es nicht bereits seinerseits in Konkurs fiel. Umgekehrt muß trotz zusätzlicher Gesellschafterhaftung kein Gläubiger mit seiner Insolvenzforderung zurückstehen (§ 43 InsO). 848

Gleiches gilt für die persönliche Haftung von Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartnern (§ 1459 Abs. 1 BGB; § 7 Satz 2 LPartG), die in Gütergemeinschaft leben (§ 1415 BGB; § 7 Satz 2 LPartG) und ihr Gesamtgut (§ 1416 BGB; § 7 Satz 2 LPartG) gemeinsam verwalten (§ 1421 Satz 1 Fall 3, Satz 2 BGB; § 7 Satz 2 LPartG). Erst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesamtgut bündelt die Befriedigung aus den individuellen Vermögenssphären (§ 334 Abs. 1 InsO). 849

32 Zur Anwendung von § 43 InsO nicht nur auf die persönliche, sondern auch auf die dingliche Mithaftung Dritter siehe *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 43 InsO, Rn. 5; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 43 InsO, Rn. 1.

33 Oben Rn. 832 und unten Rn. 1067 ff.

2. Abschnitt. Durchführung des Insolvenzverfahrens in Liquidation nach dem Gesetz

§ 20 Zu liquidierende Masse und Fortexistenz des Schuldners mit beschlagfreiem Vermögen

Literatur: Siehe Hinweise zu § 8 (vor Rn. 377). Ferner *Grote*, Einkommensverwertung und Existenzminimum des Schuldners in der Verbraucherinsolvenz, 2000; *Hauß*, Unterhalt und Verbraucherinsolvenz, FamRZ 2006, 1496 ff.; *Keller*, Der Unterhaltsanspruch als Insolvenzforderung und die Stellung des Unterhaltsgläubigers im Insolvenzverfahren, NZI 2007, 143 ff.; *Kohte*, Die Behandlung von Unterhaltsansprüchen nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 781 ff.; *Melchers/Hauß*, Unterhalt und Verbraucherinsolvenz. Neue Wege der Mangelfallberechnung, 2003; *Pech*, Die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse. Konsequenzen und Probleme des § 35 InsO, 1999; *Runkel*, Der Freiberufler in der Insolvenz, ZVI 2007, 45 ff.; *Schwarz*, Familienrechtliche Ansprüche im Insolvenzverfahren, ZVI 2006, 380 ff.; *Uhlenbruck*, Familienrechtliche Aspekte der Insolvenzordnung, KTS 1999, 413 ff; *Wagenknecht-Hose*, Vertragliche und umsatzsteuerliche Neuverbindlichkeiten des Schuldners in der Insolvenz, 2008.

I. Verhaftetes Vermögen (Masse) und beschlagfreies Vermögen

1. Standardisierter Massebeschlag

850 Im Augenblick der Eröffnung bildet sich das dem Insolvenzverfahren unterfallende Vermögen, die **Insolvenzmasse** (§ 35 Abs. 1 InsO). Von ihrem Zuschnitt entsprechend der Zweckbestimmung gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung war bereits die Rede[1]. Vor der Eröffnung waren das Ob und die Reichweite einer Bindung des Schuldnervermögens im Vorgriff auf das sich anbahnende Insolvenzverfahren der Beschlußfassung über Sicherungsmaßnahmen im Einzelfall vorbehalten[2]. Nach der Eröffnung nun ist der Beschlag (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) gesetzlich festgelegt und umfassend. Es gibt also nur »alles« (Eröffnung) oder »nichts« (keine Eröffnung). Diese Standardisierung des Massebeschlages (Insolvenzbeschlages) entspricht der Standardisierung der Liquidation als ein Gesamtvollstreckungsverfahren. Die umfassende Inbeschlagnahme gilt einstweilen auch dann, wenn nicht die Zerschlagung nach Gesetz, sondern eine abweichende Lösung mittels Insolvenzplan (§§ 1 Satz 1 Fall 2, 217 ff. InsO) angestrebt wird. Erst der Insolvenzplan bestimmt das der Gläubigerbefriedigung dienende Vermögen neu. Bis zur Verabschiedung dieses Plans kann das Insolvenzverfahren, da Einheitsverfahren, immer noch zur gesetzlichen Liquidation zurückkehren und benötigt dafür die nach wie vor bereitgehaltene Normalmasse.

2. Masseschulden als Spiegelbild

851 Obwohl die Masse gemäß § 35 Abs. 1 InsO erst mit Eröffnung zustande kommt, reichen ihre Belastungen noch in das Eröffnungsverfahren zurück. Schon vor der Eröffnung entstanden Verbindlichkeiten, die das Gesetz nicht lediglich dem Schuldner überhaupt, sondern als Masse-

1 Siehe oben Rn. 377 ff. (§ 8).
2 Siehe oben Rn. 688 ff.

schulden besonders der sich anbahnenden besonderen Befriedigungsmasse zuordnet[3]. Im Falle der Nichteröffnung wäre dazu ein kleiner Konkurs abzuwickeln gewesen (§ 25 Abs. 2 InsO). Die Begründung von Masseschulden vor Existenz der Masse ist eigentlich unverständlich. Die gesetzliche Anordnung bewirkt aber eine erhebliche Vereinfachung. Wollte man unter Masseverbindlichkeiten ausschließlich die aus dem Verfahren und der Bewirtschaftung des in Beschlag geratenen Schuldnervermögens entstehenden Schulden rechnen, bedürfte es für die früheren Schulden einer eigenständigen Kategorie. Das zöge unverhältnismäßige Abgrenzungsschwierigkeiten nach sich, ohne daß sich am sachgerechten Ergebnis vorrangiger Befriedigung etwas änderte. Die Anknüpfung der Masse an den Eröffnungszeitpunkt berührt das jedoch nicht.

3. Absonderungsgut als Massebestandteil

Gegenstände, die für die Befriedigung einzelner Gläubiger reserviert sind (z.B. sicherungsübereignete Waren, ein gepfändetes Fahrzeug, zur Sicherung abgetretene Forderungen, ein mit Grundschuld belastetes Grundstück), zählen trotz ihrer besonderen Zweckbestimmung ohne weiteres zur Masse. Der Verwalter bewirtschaftet sie weiter (für bewegliche Sachen ausdrücklich § 172 InsO). Es wird lediglich der Erlös aus ihrer Verwertung in zwei Abschnitte zerlegt. Zuerst genießen die Bevorrechtigten abgesonderte Bedienung (§§ 48 ff., 165 ff. InsO)[4]. Was übrigbleibt, kommt nach den Massegläubigern (§ 53 InsO) den Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) zugute. 852

4. Beschlagfreiheit von Unpfändbarem

Beschlagfrei ist, was in der Einzelvollstreckung pfandfrei wäre (§ 36 Abs. 1 InsO)[5]. Das sichert dem Schuldner als natürlicher Person eine bescheidene häusliche Existenz und erhält ihm eine vorhandene notwendige Arbeitsausstattung (§ 811 ZPO mit § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO). Austausch von erlöskräftigen Stücken nach Beschluß des Insolvenzgerichts oder im Vorgriff durch den Insolvenzverwalter gegen bescheidenere Stücke oder Geld für eine Ersatzbeschaffung erweitert die Verwertungsmöglichkeiten (§§ 811a, 811b ZPO mit § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO)[6]. 853

In der Insolvenz von Gesellschaften ist das Mitglied, nimmt man die Trennung der Vermögenssphären ernst, nicht geschützt. Dies betrifft weniger den Fall, daß Hausrat des Schuldners sich im Gesellschaftsvermögen befindet. Problematisch ist vielmehr der Fall, daß das bereits in der insolventen Gesellschaft tätig gewesene Mitglied eigenständig seinen Beruf fortsetzen möchte, dazu aber Ausstattung aus dem Gesellschaftsvermögen benötigt. Hier wäre eine behutsame Analogie der Regeln über Beschlagfreiheit angebracht[7]. Sie sollte zumindest demjenigen Mitglied zugute kommen, welches nicht in einem Anstellungsverhältnis mit engem, fremdbestimmten Wirkungskreis beschäftigt, sondern einem einzelnen Selbständigen vergleichbar in der Gesellschaft tätig war. Die Problematik läßt sich mit nicht allzu kleinlicher Freigabe umgehen – so wie die Freigabe auch der Weg ist, dem als natürliche Person wirtschaftenden insolventen Schuldner mehr als nur eine Minimalausstattung zur eigenständigen Fortexistenz zu belassen[8]. 854

Gewisse Unterschiede zwischen Beschlagfreiheit im Insolvenzverfahren und Unpfändbarkeit in der Einzelvollstreckung ergeben sich aus § 36 Abs. 2 und Abs. 3 InsO[9]. Die Erweiterung des Zugriffs auf Unterlagen in § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO ist dem 855

3 Siehe oben Rn. 731 ff. Allgemein zu Massegläubigern oben Rn. 273 ff.
4 Siehe oben Rn. 268 ff. und unten Rn. 1441 ff.
5 Siehe oben Rn. 396 ff.
6 *Bäuerle*, in: *Braun*, § 36 InsO, Rn. 4.
7 Siehe oben Rn. 403.
8 Oben Rn. 383, 407; unten Rn. 858, 861 und Rn. 897 f.
9 Siehe oben Rn. 398.

Zweck der gleichmäßigen Befriedigung unter möglichst genauer Erfassung allen Vermögens geschuldet. Inhaltlich handelt es sich nur um besonders wirksame Ausgestaltung der Auskunftspflicht des Schuldners (§ 97 InsO). Die Beschneidung der Pfandfreiheit in § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO ist singulär.

5. Beschlagfreiheit von Aussonderungsgut

856 Beschlagfrei sind auch fremde Vermögensstücke. Tatsächlich muß sie der Verwalter allerdings erst noch als fremd identifizieren und aus der Masse herauslösen. Diese Aussonderung nimmt er durchaus aus eigenem Antrieb vor. Er kann aber notfalls vom Außenstehenden dazu gezwungen werden. Durchgesetzt wird die Aussonderung außerhalb des Insolvenzverfahrens (§§ 47 f. InsO).[10] Zu bedenken ist allerdings, daß der Schuldner ein Recht an dem fremden Gegenstand haben kann, welches sich nun in der Masse befindet – beispielsweise ein dingliches Verwertungsrecht als Pfandgläubiger oder ein obligatorisches Benutzungsrecht als Leasingnehmer.

6. Rückfluß aus Anfechtung

857 Abgeflossenes Vermögen zählt erst nach Rückempfang aufgrund erfolgreicher Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) zur Masse.

7. Freigabe

858 Der Verwalter kann einzelne Gegenstände aus dem Beschlag entlassen. Empfänger der Freigabe ist der Schuldner oder der Absonderungsgläubiger, in der Insolvenz einer Gesellschaft eventuell die Mitglieder[11]. Vor der Freigabe prüft der Verwalter sorgsam, ob Interessen der Insolvenzgläubiger nicht den Verbleib des Gegenstandes in der Masse fordern. Eventuell knüpft der Verwalter die Freigabe an Auflagen (modifizierte Freigabe).

II. Neuerwerb des Schuldners

859 Die mit Eröffnung gebildete Masse ist nicht sogleich in ihrem Bestand abgeschlossen. Vielmehr fließt Neuerwerb des als natürliche Person außerhalb des Insolvenzverfahrens rechtsfähig und (zumeist) handlungsfähig bleibenden Schuldners, von den wiederum gemäß § 36 Abs. 1 InsO pfandfreien Anteilen abgesehen, der Masse zu (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO)[12]. Es spielt dabei keine Rolle, ob der Schuldner auf dieselbe Weise wie vor der Eröffnung oder auf andere Weise erwirbt. **Die Beschlagnahme auch des Neuerwerbs** ist verfahrenstechnisch praktikabel und spart Kosten. Die sich bei separater Ansammlung von Neuerwerb stellende Frage zusätzlicher Konkurse bleibt vermieden. Die Einziehung allen Neuerwerbs lähmt allerdings die Antriebskräfte des Schuldners. Er kann während der gesamten Dauer des Insolvenzverfahrens nicht Herr im eigenen Hause werden. Zwar kann er sich nach eigener Willkür, das heißt in Ausübung von Privatautonomie, neu verpflichten. Doch schöpft der Verwalter seine Erträge fortlaufend ab. Das verunmöglicht dem Schuldner vorerst den Aufbau einer neuen Lebensgrundlage in freier Gestaltung sich bescheiden wiederentwickelnder Vermögensverhältnisse. Besonders erschwert sind ihm neue Rechtsgeschäfte, weil

10 Siehe oben Rn. 390 ff.
11 Siehe zuvor Rn. 853. Ferner oben Rn. 407 und unten Rn. 897 f.
12 Siehe oben Rn. 378 und Rn. 389.

Neugläubiger denkbar schlechte Befriedigungsaussichten haben[13]. Man muß sich insbesondere vor Augen führen, daß § 35 InsO die Arbeitseinkünfte (vom pfandfreien Teil abgesehen) in voller Höhe zur Masse zieht, nicht etwa nur den nach Abzug der Werbungskosten oder der Betriebsausgaben verbleibenden Betrag[14].

860 Im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer **Gesellschaft** erhebt sich die Frage nach der **Zuweisung von Neuerwerb** nicht. Die Gesellschaft besteht zwar als Liquidationsgesellschaft während des Insolvenzverfahrens noch mit ihren Organen und Anteilsbeziehungen fort. Aber sie hat keine werbende und erwerbende Existenz außerhalb des Beschlags. Jeglicher Neuerwerb vollzieht sich von vornherein innerhalb der Bewirtschaftung durch den Verwalter. Ebenfalls keinen Neuerwerb stellen Steuererstattungsansprüche dar, wenn nur der die Erstattung auslösende Sachverhalt sich vor dem Insolvenzverfahren zutrug. Wenn beispielsweise der Arbeitgeber des späteren Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung Lohnsteuer als Vorauszahlung auf die jährlich anfallende Einkommensteuer an das Finanzamt abführte, so war bereits damit ein Erstattungsanspruch für den Fall begründet, daß am Jahresende ein Überschuß zugunsten des Arbeitnehmers bestehen würde. Deshalb ist der Erstattungsanspruch ohne weiteres Teil der Insolvenzmasse auch dann, wenn noch vor dem Jahresende das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitnehmers eröffnet wird.[15].

III. Unterhalt für den Schuldner und seine Familie

861 Ist der Schuldner natürliche Person, deckt er seinen Lebensunterhalt und den seiner Familie zuvorderst aus den beschlagfreien Teilen seines bei Eröffnung vorhandenen Vermögens und seines Neuerwerbs. Von **besonderer Bedeutung** sind hier die in § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO zitierten §§ 850 ff. ZPO samt der in § 850f Abs. 1 Buchstabe a ZPO enthaltenen Verweisung in das Sozialhilferecht. Sie halten Einkünfte zugunsten des Unterhalts beschlagfrei. Feststellungen zur Pfandfreiheit trifft das Insolvenzgericht (§ 36 Abs. 3 Satz 1 InsO), und zwar durch den Rechtspfleger (§ 3 Nr. 2 Buchstabe e RPflG)[16]. Selbsterarbeitete Fortexistenz des Schuldners ist aus der Sicht der Gläubiger wünschenswert. Sie erspart der Masse Unterhaltslasten[17]. Falls allerdings der insolvente Schuldner selbständig Berufstätiger ist, droht der Insolvenzmasse Belastung mit Masseverbindlichkeiten gemäß § 53 Abs.1 Nr. 1 InsO. Masseverbindlichkeiten entstehen, wenn der Schuldner seine Arbeitskraft weiter in dem beschlagnahmten Betrieb, unter der Herrschaft des Insolvenzverwalters einsetzt. Diese Fortsetzung kann der Insolvenzverwalter dem Schuldner nicht verwehren. Der Insolvenzverwalter übernahm zwar nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltung des Vermögens und die Verfügungsgewalt darüber. Doch geht damit weder Einschränkung beruflicher Freiheit des Schuldners noch eine sofortige Enteignung einher. Im Gegenteil ist die vom Schuldner mit eigener Hand nutzbare Rumpfausstattung des Betriebes sogar gemäß §§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, 36 Abs. 1 InsO beschlagfrei. Ähnlich ist die Situation, wenn der Schuldner einen neuen Betrieb begründet. Eine dort entstehende Grundausstattung ist beschlagfrei. Was darüber hinaus heranwächst, fließt nach § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO der Insolvenzmasse zu. In der Insolvenzmasse befindet sich dann

13 Siehe oben Rn. 276.

14 BGH, Beschluß vom 18. Mai 2004 – IX ZB 189/03, ZInsO 2004, 739, mit Anm. *Hölzle*, EWiR § 35 InsO (fälschlich gedruckt: KO) 1/04, S. 987 f.

15 Siehe BGH, Beschluß vom 12. Januar 2006 – IX ZB 239/04, ZVI 2006, 58, 59. Zur Aufspaltung eines Zeitraums, für den die Abgabe anfällt, siehe unten Rn. 889.

16 Beispiele: OLG Köln, Beschluß vom 18. August 2000 – 2 W 155/00, DStR 2001, 1043, mit Anmerkung *Haas*, DStR 2001, 1043 f.; OLG Stuttgart, Beschluß vom 23. Oktober 2001 – 8 W 483/01, NZI 2002, 52 f.

17 Siehe sogleich Rn. 863 ff.

ein weiterer Betrieb, und die vom Schuldner begründeten neuen Verbindlichkeiten sind Masseschulden. Um dem begegnen zu können, gibt die ein wenig verklausulierte Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, dem Schuldner den Betrieb freizugeben[18]. Damit allerdings gelangen auch die Einkünfte des Schuldners oberhalb der Pfandfreiheit nicht mehr nach § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO zur Masse. Der selbständig berufstätige Schuldner kann so je nach seinem beruflichen Erfolg im Vergleich zu einem Verbraucher erheblich mehr wirtschaftliche Bewegungsfreiheit schon während des Konkurses erlangen. Um diese Diskrepanz zu mildern, zieht § 35 Abs. 2 Satz 2 InsO § 295 Abs. 2 InsO entsprechend heran; der Schuldner muß dann schon während des Konkurses wie in einer Wohlverhaltensphase vor der Restschuldbefreiung angemessene Einzahlungen zur Masse leisten. Die Regelung zur bedingten Pfändbarkeit von Unterhaltsrenten und ähnlichen Bezügen in § 850b ZPO wird zwar nicht ausdrücklich von § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO herangezogen, gilt aber wegen des Generalverweises in § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO (den § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht einengt) auch für das Insolvenzverfahren.[19] Hiernach genießt der Gemeinschuldner Unterhaltszuwendungen aus dritter Hand grundsätzlich ohne Zugriff des Insolvenzverwalters. Soweit diese Bezüge jedoch über eine angemessene Mindestversorgung hinausgehen, stehen sie entsprechend § 850b Abs. 2 ZPO als Neuerwerb (§ 35 Abs.1 Satz 2 InsO) der Masse zu.

862 Zu bedenken ist bei der Würdigung der Unterhaltslage auch, ob ein Insolvenzverfahren nur Territorialverfahren oder Universalverfahren ist[20]. Beim Territorialverfahren haben Schuldner und Angehörige möglicherweise hinreichende Bedarfsdeckung aus dem ausländischen Vermögen samt ausländischen Einkünften.

863 Genügen Pfandfreiheit und Neuerwerb nicht, stellt der Verwalter dem Schuldner **Mittel zum Lebensunterhalt** aus der Masse zur Verfügung (§ 100 InsO). Der Schuldner soll mithin nicht sogleich der Sozialhilfe anheimfallen. Das heißt, daß die Gläubiger bei ihrem gemeinsamen Zugriff nicht die Kosten der Minimalexistenz des Schuldners und seiner Angehörigen auf die Allgemeinheit umlegen können. Vielmehr stehen die Gläubiger mit ihrem Befriedigungsanliegen hinter der Alimentation des Schuldners samt Familie zurück. Umstritten ist, ob die Regelung nur die Zuständigkeit der über die Unterhaltung befindenden Organe (Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuß, Verwalter) ordnet oder gegen sie einen Anspruch erzeugt[21]. Wenn man bedenkt, daß es um das vom Verwalter lediglich treuhänderisch ergriffene eigene Vermögen des Schuldners geht, wird man schwer umhinkönnen, ihm und seinen Angehörigen wirkliche Ansprüche auf Ausgliederung der erforderlichen Mittel aus dem Massebeschlag zuzuerkennen[22]. Nicht Unterhaltszahlung nach § 100 InsO, sondern Arbeitsentgelt nach § 611 Abs. 1 a.E. BGB leistet der Verwalter, wenn er dem bis zur Konkurseröffnung als Unternehmer tätigen Schuldner Vergütung aus der Masse da-

18 Vergleiche zur Freigabe oben Rn. 383, 407 ff., 854; unten Rn. 897 f.

19 § 850b ZPO ohne weiteres herangezogen beispielsweise von *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 36 InsO, Rn. 10; *Hess*, §§ 35, 36 InsO, Rn. 417 ff., 459 ff.

20 Siehe oben Rn. 123 ff.

21 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 100 InsO, Rn. 1 f.

22 Vgl. *Smid*, Kommentar, § 100 InsO, Rn. 3. Offen BGH, Beschluß vom 4. Mai 2006 – IX ZB 202/05, ZIP 2006, 1307, 1308.

für gewährt, daß er seine Arbeitskraft weiterhin in dem nun vom Insolvenzverwalter geführten Betrieb einsetzt[23].

Gleichviel, ob man in § 100 InsO einen Anspruch erkennt oder nicht, darf man nicht alle nach Familienrecht denkbaren Unterhaltsgläubiger für begünstigt ansehen. Wie weit der **Kreis der Familie** in § 100 Abs. 1 InsO zu ziehen ist und wer von den in § 100 Abs. 2 InsO immerhin eigens benannten Angehörigen in den Genuß einer Vorabalimentation gelangen kann, ist Sache des Einzelfalls[24]. Selbst wenn alle in gerader Linie mit dem Schuldner Verwandten (siehe § 1601 BGB) bedürftig wären (§ 1602 BGB) und das noch vorhandene Vermögen samt den Einkünften ihn als leistungsfähig erzeigten (§ 1603 BGB), wären die Verwandten doch nicht ohne weiteres Unterhaltsgläubiger, weil die Verschuldung sich in einer sorgsamen Abwägung zwischen den Interessen der Bedürftigen und den Interessen der Bedürftigen als Minderung der Leistungsfähigkeit auswirkt. 864

Umgekehrt ist die Gewährung von Unterhalt gemäß § 100 InsO nicht strikt an die Feststellung von Bedürftigkeit[25] oder auch nur überhaupt an den nach bürgerlichem Recht zur Unterhaltung in Frage kommenden Personenkreis gebunden[26]. Allzu großzügige Alimentation verstößt freilich gegen den Zweck des Insolvenzverfahrens und kann Haftung des Verwalters oder der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§§ 60, 313 Abs. 1 Satz 3, 71 InsO) nach sich ziehen. Der Anspruch der Angehörigen auf Unterhalt aus der Masse geht nicht über das hinaus, was der Schuldner ihnen nach bürgerlichem Recht gemäß Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit gewähren muß. Das Mehr steht im freien Ermessen der Organe. Die Organe dürfen der Familie das Mehr aber auch nicht ohne Zustimmung des Schuldners gewähren. Denn die Verdrängung des Schuldners aus der Verfügungsgewalt (§ 80 Abs. 1 InsO) dient nicht willkürlicher Verschwendung. 865

In der Insolvenz von Gesellschaften hat das Gesetz keine generelle Entsprechung zugunsten der Mitglieder und ihrer Angehörigen. Nur persönlich haftende und zugleich als Organe tätige Gesellschafter der insolventen Gesellschaft stehen wegen der Alimentierung einer natürlichen Person als Schuldner gleich (§ 101 Abs. 1 Satz 3 InsO). Das Gesetz fragt nicht nach der Bedeutung der Mitgliedschaft für den Lebensunterhalt vor der Insolvenz. Der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung empfängt daher keine Unterhaltsleistung, obwohl seine und seiner Familie Existenz vielleicht auf die Gesellschaft gegründet war. Hier kann die Beschäftigung als neu angestellter Geschäftsführer mit Vergütung aus der Masse (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) helfen. 866

Bei **Eigenverwaltung** deckt der Schuldner beziehungsweise der persönlich haftende geschäftsführende Gesellschafter den Unterhalt durch Entnahme (§ 278 InsO). 867

Im **kleinen Konkurs** (§ 209 InsO) vor Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit (§ 211 Abs. 1 InsO) hat der Unterhalt unter den Masseschulden den ungünstigsten Rang (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO). 868

IV. Durchsetzung der Unterhaltpflicht des Schuldners gegenüber seinen Angehörigen

1. Zwangsvollstreckung trotz Insolvenzverfahrens

Es kann vorkommen, daß der Schuldner seinen Angehörigen den Unterhalt aus Neuerwerb oder aus der Masse **nicht freiwillig** zukommen läßt. Im Falle der Alimentierung aus der Masse (§ 100 InsO) hat der Gesetzgeber dadurch Vorkehrung getroffen, daß der Schuldner und seine 869

23 BGH, ZIP 2006, 1307, 1308.
24 Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 100 InsO, Rn. 5, 9.
25 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 100 InsO, Rn. 6, 9 f.
26 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 100 InsO, Rn. 5.

Angehörigen je einzeln als Leistungsempfänger erscheinen. Entsprechendes gilt für den persönlich haftenden Geschäftsführer einer insolventen Gesellschaft und seine Familie (§ 101 Abs. 1 Satz 3 InsO).

870 Soll hingegen **Neuerwerb oder freigegebenes Vermögen dem Unterhalt dienen**, sind die Angehörigen auf die Zwangsvollstreckung angewiesen. Richtet sie sich gegen den haftenden Gesellschafter-Geschäftsführer, bestehen keine Hindernisse, weil das Insolvenzverfahren nicht seinem Vermögen, sondern demjenigen der Gesellschaft gilt. Ist aber der Unterhaltspflichtige selbst der Schuldner, so stünde einer Zwangsvollstreckung in laufende Arbeitseinkünfte und Ersatzeinkünfte die Vollstreckungssperre in § 89 Abs. 2 Satz 1 InsO entgegen, weil sie sich nicht auf die Insolvenzgläubiger beschränkt und, da auf § 89 Abs. 1 InsO aufbauend, auch das beschlagfreie Vermögen betrifft. § 89 Abs. 1 Satz 2 InsO lockert deswegen die Vollstreckungssperre zugunsten der Angehörigen. Diese Privilegierung der Unterhaltsberechtigten steht im Einklang mit Reduzierung der Pfandfreiheit nach § 850d ZPO.

2. Teilnahme am Insolvenzverfahren?

871 Die Teilnahme von **Unterhaltsgläubigern** am Insolvenzverfahren als Insolvenzgläubiger schließt § 40 Satz 1 InsO ausdrücklich aus, soweit es um die Zeit nach Eröffnung geht und die Unterhaltung sich aus dem Familienrecht ergibt. Der Ausschluß ist insoweit leicht einzusehen, als gemäß § 38 InsO Insolvenzgläubiger nur derjenige Gläubiger ist, dessen Anspruch bei Eröffnung bereits bestand. Die Unterhaltslast jedoch entsteht nicht ein für allemal mit der Existenz einer Person, die eines Tages bedürftig werden kann, und einer anderen Person, die vielleicht zum selben Zeitpunkt leistungsfähig sein wird. Vielmehr entsteht und vergeht die Unterhaltspflicht fortlaufend neu. Unterhaltsberechtigte sind also für die Zeit nach Eröffnung Neugläubiger. Unbefriedigend ist allerdings, daß sie damit, wie alle Neugläubiger, auch nicht auf den Neuerwerb zugreifen können. Sie sind also auf den Erfolg der Zwangsvollstreckung in der Einzelvollstreckung in beschlagfreie Einkünfte[27] angewiesen.

872 Eine Ausnahme besteht nach § 40 Satz 1 am Ende InsO zugunsten von Unterhaltsgläubigern, denen der Schuldner als Erbe haftet. Hierbei geht es nicht etwa um ein Nachlaßinsolvenzverfahren (§§ 11 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1, 315 ff. InsO), sondern um ein gewöhnliches Insolvenzverfahren. Die Besonderheit ist lediglich, daß sich hieran als Insolvenzgläubiger beteiligt, wer einen Unterhaltsanspruch gegen diejenige Person hatte, von der der Schuldner erbte. Der Fall, daß eine familienrechtliche Unterhaltspflicht für die Zukunft den Erben belastet, ist selten. Gewöhnlich endet die Unterhaltspflicht (von Rückständen abgesehen) mit dem Tod des Verpflichteten (§ 1615 Abs. 1 BGB). Denkbar ist aber eine Übernahme der Last, wenn Erblasser und Begünstigter die im Familienrecht wurzelnde Unterhaltung durch Unterhaltsvertrag ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Gewährenden verstetigten (und so eine Nachlaßverbindlichkeit nach § 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 1, Abs. 2 Fall 1 BGB erzeugten). Dasselbe gilt, wenn der Schuldner in einem Erbvertrag mit dem Erblasser (§ 1941 Abs. 1 BGB) fortgesetzte Unterstützung des Begünstigten versprach (§ 328 BGB) oder der Erblasser testamentarisch oder in einem Erbvertrag mit dem Schuldner dem Begünstigten weiteren Unterhalt durch Anordnung eines Vermächtnisses sicherte (§§ 1939, 1941 Abs. 2 BGB). Außerdem erklärt das Gesetz verstreut einzelne Unterhaltslasten zu Nachlaßverbindlichkeiten (in § 1586b BGB zum Unterhalt nach Scheidung gemäß § 1569 BGB als Kompensation für Pflichtteilsfortfall; in § 1615n BGB bei unverheirateten Eltern wegen geburtsbedingter Kosten und der ersten Wochen nach Geburt gemäß § 1615l BGB).

873 Unbenommen bleibt Unterhaltsgläubigern die Anmeldung von Rückständen familienrechtlicher Unterhaltung aus der Zeit vor Eröffnung als Insolvenzforderungen. Vor der Eröffnung durch Vertrag begründete Unterhaltsansprüche gegen den Schuldner ohne Wurzel im Familienrecht können die Berechtigten auch für die Zeit nach Eröffnung unbeschränkt als Insolvenzgläubiger geltend machen. Dies gilt nicht nur für den vom Schuldner als Erbe zu erfüllenden, sondern auch für den von ihm selbst eingegangenen Vertrag.

27 Siehe zuvor Rn. 870.

§ 21 Vermögenserfassung und Vermögensbewirtschaftung, Verzeichnisse und Bericht

Literatur: *Adam*, Die Prozessführung des Insolvenzverwalters, DZWIR 2006, 321 ff.; *Becker*, Mobiliarsicherheiten im Internationalen Insolvenzrecht, in: *Patti* u.a., Klauselrichtlinie. Mobiliarsicherheiten. Strafverfolgung, 2005, S. 75 ff.; *Berscheid*, Personalanpassung im eröffneten Verfahren und im Insolvenzplanverfahren, in: Kölner Schrift, S. 1395 ff.; *Bertram*, Die Kündigung durch den Insolvenzverwalter, NZI 2001, 625 ff.; *Bous*, Die Konzernleitungsmacht im Insolvenzverfahren konzernverbundener Kapitalgesellschaften, 2001; *Busch*, Der Insolvenzverwalter und die Überwindung der Massearmut, 2005; *Depel/Ralf*, Kündigung in der Insolvenz, Personalabbau durch den Insolvenzverwalter, BuW 2004, 299 ff.; *von Diepenbroick-Grüter*, Der Sozialplan in der Insolvenz, 2004; *Fink*, Maßnahmen des Insolvenzverwalters zur Finanzierung in der Unternehmensinsolvenz, 1998; *Förster*, Das Ermessen des Insolvenzverwalters in Liquidation und Sanierung, ZInsO 2001, 391 ff.; *Frege/Riedel*, Schlussbericht und Schlussrechnung im Insolvenzverfahren, 2. Aufl., 2007; *Gänßbauer*, Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften zur Unternehmenssanierung in der Insolvenz, 2002; *Ganter*, Zweifelsfragen bei der Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung, NZI 2005, 1 ff.; *Ganter/Bitter*, Rechtsfolgenberechtigte und unberechtigte Verwertung von Gegenständen mit Absonderungsrechten durch den Verwalter, ZIP 2005, 93 ff.; *Gelpcke/Hellstab/Wache/Weigelt*, Der Prozesskostenhilfeanspruch des Insolvenzverwalters, 2007; *Göcke*, Wechselwirkungen bei der Insolvenz von Gesellschafter und Organwalter, 2009; *Grub*, Die Zinspflicht nach § 169 InsO – eine wirtschaftlich und rechtlich unsinnige Regelung, DZWIR 2002, 441 ff.; *Gundlach*, Verfügungen des Schuldners über eigene und fremde Gegenstände nach der Insolvenzeröffnung – unter besonderer Berücksichtigung der Eigenverwaltung, DZWIR 1999, 363 ff.; *Häcker*, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001; *Harder*, Ersatzabsonderung und dingliche Surrogation, KTS 2001, 97 ff.; *Harder*, Insolvenzrechtliche Surrogation, 2002; *Herchen*, Die Befugnisse des deutschen Insolvenzverwalters hinsichtlich der »Auslandsmasse« nach In-Krafttreten der EG-Insolvenzverordnung (Verordnung des Rates Nr. 1346/2000), ZInsO 2002, 345 ff.; *Herchen*, Die Befugnisse des deutschen Insolvenzverwalters hinsichtlich der »Auslandsmasse« nach In-Kraft-Treten der EG-Insolvenzverordnung (Verordnung des Rates Nr. 1346/2000), ZInsO 2002, 345 ff.; *Höpfner*, Möglichkeiten des Insolvenzverwalters zur Rückgängigmachung oder wirtschaftlichen Kompensation der Freigabe, ZIP 2000, 1517 ff.; *Hopfe*, Der gemeinsame Betrieb in der Insolvenz eines beteiligten Unternehmens, 2007; *Huhn*, Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, 2003; *Jungmann*, Lastschriftwiderruf des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, WM 2007, 1633 ff.; *Kautzsch*, Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren, 2001; *Koch*, Die Eigenverwaltung nach der Insolvenzordnung, 1998; *Küpper/Heinze*, Prozesskostenhilfe für einen vom Insolvenzverwalter geführten Masseprozess unter der Geltung der InsO, ZInsO 2007, 680 ff.; *Marotzke*, Das Unternehmen in der Insolvenz. Fortführung und Veräußerung zwischen Eröffnungsantrag und Berichtstermin, 2000; *Marotzke*, Kein Gewährleistungsausschluß bei der Veräußerung beweglicher Massegegenstände an Verbraucher?, ZInsO 2002, 501 ff.; *Meder*, Sonderstellung des Insolvenzverwalters im Einzugsermächtigungsverfahren?, NJW 2005, 637 ff.; *Möhlmann*, Die Berichterstattung im neuen Insolvenzverfahren, 1999; *Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, 1997; *R. Müller*, Das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren nach der Insolvenzordnung, DZWIR 1999, 221 ff.; *Müller-Limbach*, Betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz – Das Beschlußverfahren zum Kündigungsschutz nach § 126 InsO, KTS 2001, 531 ff.; *Nobbe/Ellenberger*, Unberechtigte Widersprüche des Schuldners im Lastschriftverkehr, »Sittliche Läuterung« durch den vorläufigen Insolvenzverwalter?, WM 2006, 1885 ff.; *Oetker/Friese*, Massebelastende Betriebsvereinbarungen in der Insolvenz (§ 120 InsO), DZWIR 2000, 397 ff.; *Oetker/Friese*, Der Interessenausgleich in der Insolvenz, DZWIR 2001, 133 ff., 177 ff.; *Oetker/Friese*, Der Sozialplan in der Insolvenz, DZWIR 2001, 265 ff.; *G. Pape*, Die Eigenverwaltung des Schuldners nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 895 ff.; *Pelka/Niemann*, Praxis der Rechnungslegung in Insolvenzverfahren, 5. Aufl., 2002; *Pobuda*, Fortgesetzte Vermögensbewirtschaftung in der Insolvenz, 2004; *Risse*, Betriebswirtschaftliche Aspekte der Sanierung durch Unternehmensfortführung nach der Insolvenzordnung, KTS 1994, 465 ff.; *Rödder*, Kompetenzbeschränkungen der Gesellschafts-

organe in der Insolvenz der GmbH, 2007; *Runkel*, Der Freiberufler in der Insolvenz, ZVI 2007, 45 ff.; *Schlegel*, Die Eigenverwaltung in der Insolvenz, 1999; *Schur*, Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO im Insolvenzverfahren, KTS 2008, 471 ff.; *Schwerdtner*, Der Sozialplan im Eröffnungsverfahren und nach der Verfahrenseröffnung, in: Kölner Schrift, S. 593 ff.; *Spieker*, Die Unternehmensveräußerung in der Insolvenz. Ein Beitrag zu den Möglichkeiten der Unternehmensverwertung sowie zu den »besonders bedeutsamen Rechtshandlungen« im Sinne der §§ 160 ff. InsO, 2001; *Spickhoff*, Insolvenzzweckwidrige Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters, KTS 2000, 15 ff.; *Steindorf/Regh*, Arbeitsrecht in der Insolvenz, 2002; *Uhlenbruck*, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners, KTS 1997, 371 ff.; *Uhlenbruck*, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002, 401 ff.; *Uhlenbruck*, Kosten eines nach Unterbrechung wieder aufgenommenen Prozesses im Insolvenzverfahren, ZIP 2001, 1988 f.; *Viertelhausen*, Einzelzwangsvollstreckung während des Insolvenzverfahrens, 1999; *Warrikoff*, Die Möglichkeiten zum Unternehmenserhalt nach dem neuen Insolvenzrecht, KTS 1996, 489 ff.; *Weers/Hönig*, Möglichkeit der Heranziehung des Insolvenzverwalters für die Sanierung von Altlasten – zum Verhältnis von Ordnungsrecht und Insolvenzrecht, ZInsO 2005, 244 ff.; *Zinecker*, Der Insolvenzverwalter als Arbeitgeber, 2001.

874 Bereits während des Eröffnungsverfahrens kann das Insolvenzgericht nach §§ 21 ff. InsO Maßnahmen ergriffen haben, um die Vermögenslage des Schuldners aufzuklären und das Vermögen zu konservieren[1]. Dies muß aber nicht notwendig in jedem Fall geschehen sein. Mit der Eröffnung hingegen stellt sich unweigerlich die Aufgabe lückenloser Erfassung der Masse (§ 35 Abs. 1 InsO), ihrer Pflege und umfassender Dokumentation der Vermögenslage des Schuldners. Nur in völliger Durchdringung der Masse kann das Ziel gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung (§ 1 Satz 1 InsO) erreicht werden.

875 Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren letztlich nicht in gesetzliche Liquidation (§§ 165 ff. InsO), sondern in einen Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO) mündet. Denn das Insolvenzverfahren ist Einheitsverfahren, welches erst in seinem Verlauf an eine Aufgabelung gelangt. § 236 InsO legt fest, daß sich die Gläubigerversammlung mit dem Insolvenzplanentwurf (§ 235 InsO) nicht vor Prüfung der angemeldeten Forderungen (§ 176 InsO) befaßt. Mindestens bis dahin bleibt die gesetzliche Liquidation möglich. Da mithin der Insolvenzplan erst auf dem Weg zur gesetzlichen Liquidation geschaffen wird, bezeichnet Art. 2 Buchstabe c EuInsVO mit Anhang B das deutsche Insolvenzverfahren insgesamt als Liquidationsverfahren.

I. Verfügungsgewalt des Insolvenzverwalters

876 Mit der Eröffnung **verliert** der **Schuldner** die **Verwaltungs- und die Verfügungsgewalt** über die Masse. An seine Stelle tritt der Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO). Besonderer Anordnung dieses Übergangs im Eröffnungsbeschluß bedarf es nicht. Umgekehrt kann das Insolvenzgericht aber auch nicht in seinem Beschluß den Übergang der Befugnis schmälern. Denn anders als zu Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren hat hier das Insolvenzgericht keine Gestaltungsmöglichkeit. An die Stelle des sperrigen Doppelbegriffs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis kann man den einfachen der Verfügungsgewalt setzen, wenn man ihn nicht im juristisch engen Sinne auf die Befugnis zur Vornahme von Rechtsänderungen begrenzt, sondern im landläufigen Sinne jeglichen Umgang mit dem fraglichen Gegenstand meint. Trivial ist der aus § 80 Abs. 1 InsO ableitbare Umkehrschluß, daß der Verwalter über die Masse hinaus keine Befugnis am Schuldnervermögen hat. Im einzelnen liegen hier jedoch etliche Abgrenzungsschwierigkeiten, insbesondere was Beschlagfreiheit entsprechend der Pfändungsfreiheit oder vermögenswerte Rechte mit Persönlichkeits-

1 Siehe oben Rn. 688 ff.

einschlag anbelangt[2]. Ist der Schuldner keine natürliche Person, sondern ein Verband (beispielsweise eine Gesellschaft), so erleiden seine Organe den Kompetenzverlust. Die Organe hören deswegen aber nicht zu existieren auf und verrichten weiterhin statutengemäß ihre (nunmehr freilich wegen der Kompetenz des Verwalters sehr beschränkten) Aufgaben. Insbesondere agieren sie als Schuldner gegenüber dem Insolvenzverwalter.[3]

877 Erfaßt das Insolvenzverfahren als Hauptinsolvenzverfahren[4] auch Auslandsvermögen, so erstreckt sich die den Schuldner abdrängende Verfügungsgewalt des Verwalters auch hierauf. Denn maßgeblich für die Stellung von Schuldner und Verwalter ist das Recht des Verfahrensstaates (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe c EuInsVO).

878 Die **Rechtsinhaberschaft** bleibt bis auf weiteres beim Schuldner – er sei natürliche Person oder ab Eröffnung in Auflösung befindlicher Verband. Er büßt sie erst ein, wenn der Verwalter einen Gegenstand im Rahmen der Vermögenspflege oder zwecks Liquidation veräußert. Doch kann der Schuldner schon sofort mit der Verwalterberufung im Eröffnungsbeschluß nicht mehr selbst wirksam über seine Massegegenstände verfügen (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO)[5]. Der Übergang der Verfügungsgewalt stellt sich als ein absolutes Verfügungsverbot dar. Guter Glaube nützt dem vom Schuldner vermeintlich ordentlich Erwerbenden nicht gemäß §§ 135 Abs. 2, 136 BGB. Der Entzug der Verfügungsgewalt dient nicht als bloß relatives Verfügungsverbot den Insolvenzgläubigern als einem Kreis bestimmter Personen, sondern er dient dem verobjektivierten Zweck einer Durchführbarkeit des Insolvenzverfahrens. Nur ausnahmsweise, namentlich im Immobilienverkehr, gewährt die Sonderregelung in § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO mit ihrem Verweis auf die allgemeinen Regeln gutgläubigen Geschäfts dem guten Glauben Schutz; die Vorschrift wäre bei Funktion des Übergangs als relatives Verfügungsverbot überflüssig.[6] Die absolut unwirksame Verfügung des Schuldners ist allerdings nicht unrettbar nichtig. Vielmehr kann der Insolvenzverwalter sie durch Genehmigung oder Freigabe heilen.[7]

879 Indem Rechtsinhaberschaft einerseits und Verwaltungs- und Verfügungsgewalt **auseinanderfallen**, ist der Verwalter in allfälligen Rechtsstreitigkeiten um Massegegenstände und um die von ihm zur Bewirtschaftung der Masse getätigten Geschäfte Partei kraft Amtes (im Sinne z.B. von § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Seine Verwaltungs- und Verfügungsgewalt enthält eine Prozeßführungsbefugnis.

880 Im **Kleinverfahren** hat der gemäß § 313 Abs. 1 Satz 2 InsO vor der Zeit zu berufende Treuhänder die vom Gesetz dem Insolvenzverwalter zugedachte Gewalt (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Allerdings sind seine Aufgaben im Vergleich zum Insolvenzverwalter etwas enger gefaßt (§ 313 Abs. 2, Abs. 3 InsO).

881 Bei der mit Eröffnung angeordneten **Eigenverwaltung** findet kein Übergang der Gewalt statt (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Schuldner behält seine Verfügungsgewalt nahtlos, wenngleich beschnitten durch die Befugnisse des Sachwalters, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung (§§ 270 Abs. 1 Satz 1, 274 ff. InsO). Nicht etwa wird sie ihm durch die Verfahrenseröffnung entzogen und mit der Anordnung der Eigenverwaltung lediglich zurückgewährt. Denn die Eröffnung ist in einer einheitlichen Entscheidung untrennbar mit der Verwalterfrage

2 Zur Umschreibung der Masse siehe oben Rn. 377 ff. (§ 8).
3 Hierzu *Göcke*, Wechselwirkungen, S. 19 ff.
4 Siehe oben Rn. 125.
5 Siehe unten Rn. 910 ff.
6 Vgl. für Sicherungsmaßnahmen oben Rn. 707.
7 *Windel*, in: *Jaeger*, § 91 InsO, Rn. 114.

verbunden. Anders ist es nur, wenn das Gericht die Eigenverwaltung nachträglich anordnet (§ 271 InsO), nachdem zunächst ein Insolvenzverwalter berufen war. Das Gesetz sieht denn auch keine Bestellung des Schuldners zum Eigenverwalter in Parallele zur Bestellung des Insolvenzverwalters vor.

882 Die Verwaltungs- und Verfügungsgewalt des Insolvenzverwalters endet an der Staatsgrenze, wenn es sich um ein Territorialverfahren handelt (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO; §§ 354, 356 Abs. 1 Satz 1 InsO). Gleichwohl ist auch das Territorialverfahren auswärts nicht unbeachtlich (Art. 16 Abs. 1, 17 Abs. 2 EuInsVO[8]). Insbesondere kann der Verwalter das aus dem Territorium abgeflossene Vermögen auswärts verfolgen (Art. 18 Abs. 2 EuInsVO). In einem deutschen Hauptinsolvenzverfahren reicht die Gewalt des Verwalters über die Grenzen hinweg in die Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks (Art. 18 Abs. 1 EuInsVO)[9]. Bei allem muß freilich der Verwalter das örtliche Recht respektieren und darf seinen Zugriff nur so ausüben, wie es den ausländischen Regeln entspricht (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 EuInsVO; betreffend die Anfechtungstatbestände besonders Art. 13 EuInsVO). Auf diese Weise verknüpft sich das ins Ausland ausstrahlende heimische Insolvenzrecht (Art. 4 EuInsVO) mit dem örtlichen Recht – was Schwierigkeiten der Handhabung aufwerfen kann, wenn die vom deutschen Insolvenzrecht ausgelösten Folgen nicht ganz genau den Folgen eines örtlichen Insolvenzverfahrens gleichen.

883 Der Insolvenzbeschlag ist strafrechtlich geschützter Beschlag. Seine Verletzung ist Verstrickungsbruch nach § 136 Abs. 1 StGB[10].

II. Übernahme der Masse

884 Der Insolvenzverwalter erhält nicht nur die rechtliche Gewalt über die Masse, sondern auch die tatsächliche. Er nimmt das Schuldnervermögen – dessen beschlagfreie Teile (§ 36 InsO) ausgenommen – in Besitz (§ 148 Abs. 1 InsO). Den Eröffnungsbeschluß kann der Verwalter als Vollstreckungstitel verwenden, um beim Schuldner gemäß §§ 883, 885 ZPO die Herausgabe zu erzwingen; je nach den Umständen genießt der Schuldner Vollstreckungsschutz gemäß § 765a ZPO.[11] Gegen Dritte läßt sich dieser Titel freilich nicht einsetzen. Um sie zur Herausgabe zu zwingen, muß der Verwalter einen Titel so erwirken, wie es der Schuldner selbst tun müßte, namentlich durch Herausgabeklage (§ 704 Abs. 1 ZPO).

885 Gleichviel, wo und wie sich Vermögen aufspüren läßt, ist der Schuldner zu umfassender Unterstützung verpflichtet und kann dazu auch mit Zwang angehalten werden (§§ 97 f. InsO). Postsperre ist weiteres Instrument, mit dem das Insolvenzgericht die Erfassung der Masse gewährleistet (§ 99 InsO). Die Pflichten und Zwangsmaßnahmen treffen in der Insolvenz von Gesellschaften gegenwärtige und frühere Organe oder Beschäftigte (§ 101 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 2 InsO).

886 Wenn in § 148 InsO die Inbesitznahme besonders angesprochen ist, darf man sich nicht zu dem Trugschluß verleiten lassen, daß nur körperliche Gegenstände (§ 90 BGB) dem Zugriff des Insolvenzverwalters unterliegen. Die Befugnisse des Verwalters erstrecken sich auf jeden massezugehörigen Vermögensgegenstand des Schuldners. Der Verwalter erfaßt auch unkörperliche Gegenstände. Es ist lediglich so, daß

8 Jenseits der EuInsVO richtet sich die Anerkennung deutscher Verfahren im Ausland nach Staatsverträgen oder nach dem auswärtigen Internationalen Insolvenzrecht.

9 Außerhalb der EuInsVO kommt es für die grenzüberschreitende Aktivität des deutschen Insolvenzverwalters wiederum auf Staatsverträge und das ausländische Internationale Insolvenzrecht an. Auswärtige Haupt- oder Territorialverfahren erkennt § 343 Abs. 1 Satz 1 InsO an.

10 *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 136 StGB, Rn. 7.

11 Beispiel: BGH, Beschluß vom 16. Oktober 2008 – IX ZB 77/08, NJW 2009, 78 ff.

andere als körperliche Gegenstände nicht in Besitz gemäß §§ 854 ff. BGB genommen werden können. Der Zugriff erfolgt statt dessen schlicht durch die Zuweisung der gesetzlich als umfassend beschriebenen Verwalterrolle im Eröffnungsbeschluß. Er ist also – ähnlich der Forderungspfändung (§ 829 ZPO) kein physischer, sondern ein in der Vorstellung aller Rechtsteilnehmer stattfindender. In Besitz nimmt der Verwalter freilich Verbriefungen und andere Unterlagen zu unkörperlichen Gegenstände und zu körperlichen Gegenständen gleichermaßen, insbesondere Geschäftsbücher (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO).

887 Besonders wertvolle und flüchtige Gegenstände werden nach Bestimmung von Insolvenzgericht, Gläubigerausschuß oder Gläubigerversammlung unter besonderen Verschluß genommen (§ 149 InsO). Darüber hinaus kann der Verwalter durch Siegelung einzelne Gegenstände oder ganze Räumlichkeiten sichern lassen (§ 150 InsO). Die Siegelung genießt strafrechtlichen Schutz nach § 136 Abs. 2 StGB.

III. Bewirtschaftung der Masse

1. Treuhänderische Vermögenspflege

888 Bis zur Verwertung der Masse vergeht einige Zeit. Möglicherweise wird eine Liquidation in weiten Teilen des Vermögens nach Maßgabe eines Insolvenzplans gar nicht stattfinden. In der Zwischenzeit kann das verhaftete Schuldnervermögen empfindliche Einbußen erleiden, falls es keine Pflege erfährt. Dem Schuldner selbst ist die Befugnis dazu entzogen. Es ist nun Aufgabe des **Verwalters**, an Stelle des Schuldners für eine **ordentliche Bewirtschaftung** zu sorgen (§ 148 Abs. 1 InsO). Besonders bedeutende Geschäfte tätigt er aber nur in Rücksprache mit Gläubigerschaft und Insolvenzgericht (§§ 160 ff. InsO; bei Eigenverwaltung modifiziert in § 276 InsO); dennoch sind eigenmächtige Geschäfte des Insolvenzverwalters wirksam (§ 164 InsO). In der Eigenverwaltung kommt auch Bindung an die Zustimmung des Sachwalters in Frage (§ 277 InsO). Schließlich ist die Pflicht zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Verwalter in mehreren gleichzeitigen Insolvenzverfahren zu beachten (Art. 31, 36 EuInsVO, § 357 InsO).

889 Die Bewirtschaftung löst zu Lasten der Masse die gewöhnlichen Steuern aus. Leistungen aus einem unternehmerischen Schuldnervermögen unterliegen der Umsatzsteuer. Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer fallen auf die Gewinne beziehungsweise Überschüsse von Einnahmen über Werbungskosten an (vgl. § 2 Abs. 2 EStG). Darin schlagen sich nicht nur gewöhnliche Erträge aus Handelsspannen nieder, sondern bei Abbau bereits abgeschriebener Betriebssausstattung auch die Auflösung stiller Reserven. Auch Gewerbeertragsteuer kann im Insolvenzverfahren entstehen. Die nach Eröffnung entstehenden Steuerlasten sind Masseschulden gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Wenn das nicht schon anläßlich der Einsetzung eines »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters zu tun war[12], muß der Veranlagungszeitraum für periodisch erhobene Abgaben wie Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Kraftfahrzeugsteuer, Grundsteuer in den Abschnitt bis zur Eröffnung und in den Abschnitt seit ihr aufgespalten werden. Die anteilige Verpflichtung aus der Zeit vor der Eröffnung bleibt Insolvenzforderung nach § 38 InsO.[13] Von der Steuerschuld der Masse sind die persönliche Einkommen- und Gewerbesteuerpflichten des Insolvenzverwalters scharf zu trennen (der Insolvenzverwalter betreibt als Vermögensverwalter ein Gewerbe, auch wenn er ansonsten, etwa als Rechtsanwalt, freiberuflich tätig sein sollte[14]).

12 Siehe oben Rn. 733.
13 *Heyer*, S. 45, m.w.N. Wegen der Zuordnung von Erstattungsansprüchen siehe oben Rn. 860.
14 Siehe oben Rn. 323.

890 Heftig umstritten ist, unter welchen objektiven und subjektiven Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft des Verwalters für unwirksam zu erachten ist, weil es dem Zweck des Insolvenzverfahrens, die Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen, zuwiderläuft[15]. Hier wird man sich äußerster Zurückhaltung zu befleißigen haben. Die Handlungsmacht des Insolvenzverwalters ist im Ansatz eine unumschränkte, da einerseits der Schuldner aus der Verfügungsgewalt verdrängt ist und es andererseits keine Bereiche von Zuständigkeitslosigkeit geben kann. Folgen eines Mißbrauchs seiner Verfügungsgewalt hat der Verwalter nach §§ 60 f. InsO zu entschädigen. Die Rechtssicherheit verträgt nicht den Zweifel, ob ein bestimmtes Geschäft des Verwalters, der doch immerhin ein Amt der Rechtspflege wahrnimmt, nun gültig sei oder nicht. Nur bei besonders eklatantem Fehlgebrauch ist Nichtigkeit in Erwägung zu ziehen. Ein festes Schema objektiver und subjektiver Momente läßt sich dafür nicht geben[16]. Häufiger als um Nichtigkeit entzündet sich der Streit zwischen Verwalter und Gläubigerversammlung oder Gläubigerausschuß oder innerhalb eines Gläubigerorgans um Zweckmäßigkeit einer Maßnahme.[17]

2. Sorge um Vermögenserhalt

891 Diese Bewirtschaftung ist zunächst nicht auf Erlöserzielung um ihrer selbst willen angelegt[18], sondern auf möglichst **ungehinderte Vermögensentwicklung**, so wie sie der Schuldner, dem die Hände gebunden sind, vernünftigerweise vornähme. Dabei muß der Verwalter unter Umständen größere Sorgfalt an den Tag legen, als es der eventuell resignierte oder generell unbekümmerte Schuldner selbst bislang tat. Zum einen wird seine Nachlässigkeit nach den allgemeinen Maßstäben (§ 276 BGB) der von ihm repräsentierten Masse zugerechnet, so wie dem Schuldner selbst das Vertretenmüssen vorzuhalten wäre (etwa wenn es um Schadensersatz wegen Vertragsverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB geht). Zum anderen hat der Verwalter, ihn persönlich treffend und schadensersatzbewehrt in § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO, eine Sorgfaltspflicht nicht nur für den Fall der von ihm zu bewerkstelligenden Liquidation (§ 159 InsO), also im Interesse bestmöglicher Befriedigungsaussichten. Vielmehr schuldet er Sorgfalt auch dem in seinen eigenen Angelegenheiten nachlässigen Schuldner selbst. Der Schuldner braucht nicht zuzusehen, wie sein Vermögen verfällt, etwa weil Forderungen nicht genügend überwacht, werterhaltende Wartungen und Reparaturen nicht durchgeführt, sich je nach Marktlage anbietende sinnvolle Verkäufe nicht getätigt, die vermietbare Wohnung leergelassen, für eine Ausstellung erbetene Kunstwerke aus seiner Sammlung nicht gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, Mängelhaftung aus Kauf nicht genutzt, das Rohstofflager nicht aufgefüllt, das Personal nicht produktiv beschäftigt, Patentverletzungen nicht verfolgt, erfolgversprechende Geschäftbeziehungen nicht mehr gepflegt werden. Anstelle des insolventen Inhabers wird der Verwalter zum Chef eines in der Masse liegenden Unternehmens. Die vorhandenen Leitungsebenen bis zur Vorstandspitze arbeiten nun insgesamt ihm zu – lediglich bleibt in der Insolvenz einer Gesellschaft die statutengemäße Organisation dieser insolventen, das Unternehmen tragenden und nun in Liquidation befindlichen, Gesellschaft zugriffsfrei.

892 Der Verwalter ist immer aktiver Treuhänder, auch wenn er lediglich im Kleinverfahren diesen Namen tatsächlich trägt (§ 313 Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO). Nicht etwa läßt er das Vermögen bis zur Entscheidung der Gläubigerversammlung über den Fortgang

15 Vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, NJW 2002, 2783, 2785 f., m.w.N.

16 Ebenso zurückhaltend BGH, NJW 2002, 2783, 2785.

17 Beispiel: BGH, Beschluß vom 12. Juni 2008 – IX ZB 220/07, KTS 2009, 219 ff., mit Anm. *Klinck*, KTS 2009, 221 ff., betreffend Bedienung erbbaurechtlichen Heimfallanspruchs.

18 Unten Rn. 930.

des Verfahrens im Berichtstermin (§ 157 Satz 1 InsO) unangetastet. Auch beschränkt er sich nicht auf Notgeschäftsführung. Auf eine knappe Faustregel gebracht, setzt mithin der Verwalter schlicht das **Tagesgeschäft des Schuldners fort,** ohne indessen vor außergewöhnlichen Maßnahmen haltzumachen, welche unabhängig von der Insolvenz sachlich geboten sind. Dazu kommen dann die spezifisch von den Zielen des Insolvenzverfahrens ausgelösten Aufgaben.

Stets wird der Verwalter, wo dies der Sache nach angezeigt ist, bei der Bewirtschaftung Anregungen von Beteiligten befolgen. Nicht etwa beschränkt er seine Aufmerksamkeit auf die später bei der Verwertung gemäß § 168 InsO besonders einzuholenden Hinweise von Absonderungsgläubigern. Je nach den Umständen wird der Verwalter sogar ohne die persönliche Mitwirkung des Schuldners zu aktiver Bewirtschaftung gänzlich außerstande sein. So wird der Verwalter allein ebensowenig den Betrieb des insolventen Freiberuflers fortführen können wie das nur mit der besonderen Marktkenntnis und den Kontakten des Schuldners ausübbare Gewerbe. 893

Ordentliche Bewirtschaftung kann einschließen, Teile eines Unternehmens oder das ganze Unternehmen stillzulegen oder zu veräußern. Diese besonders weitreichenden Maßnahmen unterstellt das Gesetz (§ 158 Abs. 1 InsO) aber durchweg der Entscheidung des Gläubigerausschusses (falls gemäß § 67 Abs. 1 InsO bestellt). Auch muß generell der Schuldner gehört werden (§ 158 Abs. 2 Satz 1 InsO). Überdies sind viele der mit und nach Stillegung zu tätigenden Rechtsgeschäfte (Kündigungen, Veräußerungen) besonders bedeutende Rechtshandlungen, die der Verwalter nicht ohne Mitwirkung der Gläubigerschaft vornehmen darf (§§ 160, 162 f. InsO). Das Gericht kann dem Verwalter Stillegung und weitere Schritte untersagen (§§ 158 Abs. 2 Satz 2, 161 Satz 2 InsO). Vorschriftswidrige Rechtsgeschäfte sind freilich gültig (§ 164 InsO). Doch drohen dem Verwalter Schadensersatzforderungen (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO). 894

3. Verhinderung von Vollstreckungszugriffen

Der Verwalter kann, damit keine den Vermögenszusammenhang störenden vollendeten Tatsachen geschaffen werden, Zugriffe von Gläubigern ins Immobiliarvermögen unterbinden lassen (§§ 30d, 153b ZVG), so wie das auch während des Eröffnungsverfahrens schon möglich war (§ 30d Abs. 4 ZVG). Dieser über bloße Massepflege auf die angestrebte gleichmäßige Befriedigung hinweisende Sicherung bedarf es aber nur insoweit, als nicht schon die allgemeine Vollstreckungssperre samt Rückschlagsperre (§§ 88 ff. InsO) den Zugriff verhindert. Die gesetzliche Vollstreckungssperre des § 89 Abs. 1 InsO verhindert Zugriffe von Insolvenzgläubigern auf Gegenstände sowohl innerhalb der Insolvenzmasse als auch außerhalb derselben. Diese Exklusivität der Gesamtvollstreckung entzieht insbesondere auch vom Verwalter aus dem Insolvenzbeschlag freigegebenes Gut der Individualverwertung durch Insolvenzgläubiger.[19] Von besonders angeordneter Sperre betroffen ist vor allem der im Grundsatz durch das Insolvenzverfahren nicht gestörte Absonderungsberechtigte. Eine parallele Regelung in § 173 InsO wegen der an beweglichem Gut Absonderungsberechtigten fehlt, während im Eröffnungsverfahren eine Abriegelung nach § 21 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 3 InsO möglich war. Soweit allerdings § 166 InsO dem Verwalter die Verwertung von Mobilien aufträgt, ist der Absonderungsberechtigte abgedrängt. 895

Nach Eröffnung im Ausland erlangten Vollstreckungserlös muß der Gläubiger dem Verwalter ausantworten (Art. 20 Abs. 1 EuInsVO; § 342 Abs. 1 Satz 1 InsO). Und Befriedigung in einem auswärtigen Insolvenzverfahren wird auf die im deutschen Insolvenzverfahren zu erreichende Ausschüttung immerhin angerechnet (Art. 20 Abs. 2 EuInsVO; § 342 Abs. 2 InsO). Hingegen 896

19 BGH, Beschluß vom 12. Februar 2009 – IX ZB 112/06, DZWIR 2009, 333, 334.

beeinträchtigt Befriedigung in einem früheren deutschen Insolvenzverfahren (das ohne Restschuldbefreiung zu Ende ging) nicht die weitere Befriedigung im jetzigen deutschen Verfahren.

4. Freigabe

897 Die Aufgabe des Insolvenzverwalters, die Masse zu erfassen und bis auf weiteres zu pflegen, ist mit einem gewissen Spielraum ausgestattet. Das Interesse der Gläubiger erfordert nicht Festhalten eines jeden Stücks um jeden Preis, sondern gebietet im Gegenteil, kostenverursachende Gegenstände mit zu vernachlässigendem Erlöspotential aus der Verwaltung auszuscheiden. Das führt zur **Befugnis des Verwalters**, Gegenstände durch **Freigabe** aus dem Insolvenzbeschlag zu entlassen[20]. Die Freigabebefugnis ist im Gesetz nur zugunsten des selbständig berufstätigen Schuldners geregelt (§ 35 Abs. 2 InsO), aber als generelle Möglichkeit ohne bestimmte Anforderungen in § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO, wo es um die Beseitigung verfahrensbedingter Registereinträge geht, vorausgesetzt. Gesetzlich anerkannte Freigabe ist es auch, wenn der Verwalter die ihm nach § 85 Abs. 1 InsO mögliche Aufnahme (§ 250 ZPO) unterbrochener (§ 240 ZPO) Prozesse ablehnt und das Gesetz dann dem Schuldner selbst die Aufnahme anheimstellt (§ 85 Abs. 2 InsO)[21]. Um eine Freigabe rückgängig machen zu können, bedarf es vorsorgender vertraglicher Gestaltung[22].

898 In den Genuß der Freigabe kann insbesondere der Schuldner selbst gelangen. Er bessert damit seine beschlagfreie Privatexistenz oder seine beruflichen Handlungsmöglichkeiten (vor allem bei Freigabe selbständiger Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO) auf. Beides kann die Aussicht auf höheren Neuerwerb für die Masse (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO) mit sich bringen, aber auch senken[23]. Dem Absonderungsberechtigten kann der Verwalter ebenfalls einen Gegenstand freigeben – je nach den Umständen unter der Maßgabe, daß ein Verwertungsüberschuß dem Verwalter und nicht dem Schuldner selbst auszuhändigen ist (sogenannte modifizierte Freigabe). Freigabe an den Absonderungsgläubiger kann man hinter der Beitragsregelung des § 170 Abs. 2 InsO erkennen; die Regelung deckt freilich auch den Fall ab, daß der Absonderungsberechtigte lediglich im Auftrag des Verwalters dessen Verwertungsbefugnis wahrnimmt. Von der Freigabe an den Absonderungsgläubiger ist außerdem die vom Verwalter betriebene Verwertung durch endgültige Veräußerung des Objekts an den Absonderungsgläubiger zu unterscheiden. Naheliegend ist auch Freigabe an die Mitglieder der insolventen Gesellschaft. Insbesondere ist an solche Mitglieder zu denken, die einzeln oder in neuem Zusammenschluß den bislang in der fallierten Gesellschaft verfolgten Beruf weiter ausüben wollen[24].

5. Beispiele für Maßnahmen zur Masseverwaltung

a) Laufende Geschäfte

899 Zur Bewirtschaftung der Masse kann die Beendigung laufender Verträge ebenso zählen wie die Fortsetzung. Die Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO) setzen einen Rahmen für die anstehenden Entscheidungen und nehmen dem Verwalter zum Teil die Entscheidung ab[25]. Sie sind bereits von der Zielsetzung der Gläubigerbefriedigung getragen, nicht allein vom Erhalt der Masse an sich. Unabhängig von den besonderen insolvenzrechtlichen Regeln zur Beendigung schwebender Geschäfte kann der Verwalter die gewöhnlich dem Schuldner zustehenden Gestaltungsrechte wie Kündigung (z.B. § 488 Abs. 3 Satz 1 BGB), Rücktritt (§ 349 BGB mit § 323 Abs. 1 BGB usw.), Widerruf in kostspieligen Verbrauchergeschäften (§ 355 BGB),

20 Siehe bereits oben Rn. 407 ff., 854, 858. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Kapitel 5, Rn. 474 ff.
21 Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 85 InsO, Rn. 56.
22 Näher *Höpfner*, ZIP 2000, 1517 ff.
23 *G. Pape*, Änderungen im eröffneten Verfahren durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens, NZI 2007, 481 f.
24 Siehe oben Rn. 407, Rn. 854.
25 Näher zu schwebenden Geschäften unten Rn. 1077 ff. (§ 25).

Anfechtung (§ 143 BGB) ausüben[26]. Auch macht er Ungültigkeit von belastenden Geschäften geltend, indem er beispielsweise die Genehmigung eines vollmachtslos für den Schuldner getätigten Geschäfts (vgl. § 177 Abs. 1 BGB) verweigert oder auf Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB[27]) oder Geschäftsunfähigkeit (§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB) verweist. Das ist sozusagen einfache Vermögenspflege.

Sind nach allem Geschäfte weiter durchzuführen, rücken die Geschäftspartner mitunter von der Position des Insolvenzgläubigers (§ 38 InsO) in die günstigere eines Massegläubigers (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Erst recht begründen neue Geschäfte für den Gegner die Stellung als Massegläubiger (§ 55 Abs. 1 InsO).[28] Dazu zählen auch neue Kredite, die der Verwalter, gegebenenfalls nach Zustimmung der Gläubigerschaft gemäß § 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 InsO, für die Masse aufnimmt. Freilich wird der Verwalter neuen Kredit in der Regel nur mit neuer Sicherheit erreichen. Hierfür muß er in der vorhandenen Masse noch unbelastete Gegenstände finden oder immerhin auf unbelasteten Neuerwerb verweisen können. 900

b) Pflege von Rechtspositionen

Weitere **Betätigungen des Insolvenzverwalters** sind Mahnungen (§ 286 Abs. 1 BGB), Aufrechnungen (§ 388 BGB), Zustimmungen (§ 182 ff. BGB), Ausübung von Optionen. Auch die Aufnahme gemäß § 240 ZPO unterbrochener Prozesse (§§ 85 f. InsO)[29] zählt zur Pflege des Schuldnervermögens (weswegen die Kosten des Rechtsstreits bei Unterliegen insgesamt Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO werden[30]), desgleichen der Beginn neuer Prozesse, jeweils gegebenenfalls unter Inanspruchnahme von Prozeßkostenhilfe für die Masse (vgl. § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO), ferner Erwirkung oder Anfechtung von Verwaltungsakten. Zu seinen Aufgaben gehört des weiteren, das einkommensteuerrechtliche Wahlrecht des verheirateten Schuldners aus § 26 Abs. 2 EStG zu gemeinsamer oder getrennter Veranlagung auszuüben[31] (so wie er überhaupt nach § 34 Abs. 1 und 3 AO in Verbindung mit § 80 Abs. 1 InsO die massebezogenen steuerlichen Pflichten des Schuldners erfüllt). Dasselbe gilt für das Recht, einer im Lastschriftverfahren aufgrund Einzugsermächtigung vorgenommenen Abbuchung auf dem Girokonto zu widersprechen und so den Betrag für die Masse (ohne daß dazu Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO vonnöten wäre) zurückzugewinnen. Der Widerspruch ist Verweigerung der Genehmigung für die unternommene Absendung von Geld, verhindert also, daß die Bank einen aus dem Girokonto zu deckenden Aufwendungsersatzanspruch (§§ 670, 675 Abs. 1 BGB) erlangt[32]. Die das Girokonto des Schuldners führende Bank muß den schon abgebuchten Betrag wieder gut- 901

26 Vgl. oben Rn. 620 ff.

27 Zur Problematik des Sittenverstoßes bei anfechtbaren Rechtshandlungen siehe oben Rn. 597.

28 Zur Ansammlung von Masseverbindlichkeiten vgl. oben Rn. 273 ff. und Rn. 731 ff.; ferner unten Rn. 1077 ff.

29 Siehe oben Rn. 818 ff. Ferner zuvor Rn. 897 f. wegen Freigabewirkung der Aufnahmeverweigerung.

30 Nach anderer Ansicht sind die Kosten in Analogie zu § 105 InsO danach aufzugliedern, ob sie schon vor Eröffnung anfielen oder erst danach; siehe *Uhlenbruck*, ZIP 2001, 1988 f. Dem steht allerdings die Einheitlichkeit von Kostenentscheidungen im Prozeß entgegen.

31 BGH, Urteil vom 24. Mai 2006 – IX ZR 8/06, NJW 2006, 2556 f., mit kritischer Anm. *Englisch*, NJW 2007, 2557 f., der Höchstpersönlichkeit des Wahlrechts annimmt.

32 Steht das Girokonto freilich im Soll, kann die kontoführende Bank mit der aus dem Widerspruch folgenden Gutschrift dieses Soll zu ihren Gunsten abschmelzen. Sie muß den Gutschriftsbetrag nicht separat von der vorangegangenen Abbuchung dem Verwalter zur Verfügung stellen. Bei dieser Verrechnung handelt es sich nicht um eine nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO (wegen Erwerbs der Forderung erst nach Eröffnung) unzulässige Aufrechnung. Denn der Widerspruch löst lediglich Beseitigung der Belastungsbuchung aus. Es gibt mangels Aufwendungsersatzanspruchs der Bank und mangels Rückzahlungsanspruchs des Bankkunden (des Verwalters) nichts, was gegeneinander aufzurechnen wäre. Siehe BGH, Beschluß vom 1. Oktober 2002 – IX ZR 125/02, NJW 2003, 143.

schreiben. Auf ihre Kosten ist der Zahlungsempfänger gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB ungerechtfertigt bereichert (auch wenn die Bank des Empfängers gegenüber dem Empfänger noch das Recht hat, die Gutschrift zu stornieren; und auch wenn die Schuldnerbank gegen den Kunden einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB oder nach Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen Zögerns mit dem Widerspruch haben sollte, besteht die Kondiktionslage).[33]

Ob bereits vor der Eröffnung der Schuldner die Gelegenheit zu den beispielhaft genannten Aktivitäten hatte oder ob sie sich erst nach Eröffnung erstmals für den Verwalter ergibt, spielt keine Rolle, wenn nur die nach den Regeln den bürgerlichen Rechts einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind. Nicht beizupflichten ist der Rechtsprechung, wenn sie dem Insolvenzverwalter den Widerruf der im Einzugsermächtigungsverfahren abgebuchten Gelder in weiterem Umfang zubilligt, als er ohne Insolvenzverfahren dem Schuldner selbst zustünde; der Widerruf ist kein dem Insolvenzrecht eigentümliches Instrument zur Masseanreicherung[34]. Der Widerruf kann auf den ersten Blick unmöglich sein, weil der Schuldner die Abbuchung schon genehmigte (eventuell durch Schweigen über einen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kreditinstituts vorgesehenen Zeitraum, typischerweise sechs Wochen nach Abbuchung in Parallele zu der unter den Kreditinstituten im Lastschriftabkommen vereinbarten Rückruffrist). Doch kann sich dann noch ein Ausweg in Anfechtbarkeit der Genehmigung nach §§ 129 ff. InsO eröffnen.

c) Nutzung von Handlungsbefugnissen

902 Ob der Verwalter dem Schuldner vor Eröffnung von Dritten erteilte Vollmachten (§ 167 BGB), Verfügungsermächtigungen (§ 185 Abs. 1 BGB) oder Einziehungsermächtigungen (§ 185 Abs. 1 BGB analog) sowie Erlaubnisse zur Weiterverarbeitung ausüben darf[35], hängt von der **Gestaltung der Befugnis** ab. Die Bevollmächtigung beziehungsweise die Ermächtigung ist auslegungsfähig (§ 133 BGB). Für einige Fälle ergibt sich Erlöschen der Vollmacht wegen Endes des die Vollmacht begründenden Schuldverhältnisses (§ 168 Satz 1 BGB) nach den Regeln über schwebende Geschäfte (§ 103 InsO)[36]. Unberührt bleibt Widerruf der Vollmacht oder der Ermächtigung (§§ 168 Satz 2, 183 Satz 1 BGB).

903 Insbesondere fragt sich, ob der Verwalter die dem Schuldner unter verlängertem Eigentumsvorbehalt gelieferten und noch nicht bezahlten Waren verarbeiten oder weiterveräußern darf. Die gleiche Frage stellt sich bei der verlängerten Sicherungsübereignung. Der Verwalter darf die Ware auf jeden Fall dann nicht (vor Verwertung gemäß §§ 159, 166 Abs. 1 InsO) antasten, wenn die **Verarbeitungsklausel** oder die **Veräußerungsklausel** ausdrücklich eine Grenze beim Insolvenzverfahren zieht.

904 Aber auch **ohne ausdrückliche Begrenzung** wird man die Befugnis für beendet halten müssen, soweit sie – wie üblich – an die Gestellung einer Ersatzsicherheit gekoppelt ist und diese Ersatzsicherheit wegen des Insolvenzbeschlages dem Sicherungsnehmer nicht mehr zufließen

33 BGH, Urteil vom 11. April 2006 – IX ZR 220/05, DZWIR 2006, 384 ff., mit Anm. *Welsch*, DZWIR 2006, 386 f.

34 So aber BGH, Urteil vom 4. November 2004 – IX ZR 22/03, NJW 2005, 675, 676 f.; KG, Urteil vom 23. November 2004 – 7 U 73/04, KTS 2005, 213, 214 f., mit zu Recht kritischer Anm. *Mahler*, KTS 2005, 216 ff.; BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 – IX ZR 217/06, NJW 2008, 63 ff., mit zustimmender Anm. *Bruckhoff*, NJW 2008, 69. Ablehnend BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – XI ZR 283/07, DZWIR 2009, 67 ff. Kritisch auch *Nobbe/Ellenberger*, WM 2006, 1885 ff.; *Jungmann*, WM 2007, 1633 ff. Siehe auch oben Rn. 627, 704 und unten Rn. 1080.

35 In der Tendenz insgesamt eher bejahend LG Lübeck, Urteil vom 16. März 2000 – 11 O 19/2000, DZWIR 2000, 302 f., mit Anmerkung *Gundlach*, DZWIR 2000, 303 ff. Das Gericht nimmt an, eine Weiterveräußerungs- oder Weiterverarbeitungsklausel gelte auch dann noch, wenn die ergänzende Sicherungsabtretung als inkongruente Deckung wirksam angefochten sei. Vgl. zur GesO BGH, Urteil vom 6. April 2000 – IX ZR 122/99, KTS 2000, 411 ff.; BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 – IX ZR 262/98, KTS 2000, 415 ff.; zur Sequestration nach KO BGH, Urteil vom 6. April 2000 – IX ZR 422/98, KTS 2000, 421 ff.

36 Nicht zu verwechseln mit dem Fall einer vom Schuldner erteilten Vollmacht. Dafür gilt § 117 InsO.

kann. Das zielt vor allem auf die noch vom Schuldner vorgenommene Sicherungsabtretung (§ 398 BGB) von Kaufpreisforderungen oder Werklohnforderungen aus Umsätzen mit der noch unbezahlten Ware, die erst der Verwalter vornimmt. Mag auch die Vorauszession noch vor dem Insolvenzbeschlag getätigt sein, so vollzieht sich der Forderungsübergang doch nicht vor Entstehen der abgetretenen Forderung. Entspringt sie erst einem Geschäft des Verwalters, ist sie der Masse verhaftet. § 91 Abs. 1 Fall 1 InsO verhindert die von keinem Geschäft des Schuldners nach Eröffnung mehr abhängige Abwanderung der Forderung in die Hand des Zessionars. Wo aber die Ersatzsicherheit nicht mehr zum Sicherungsnehmer gelangt, endet seine Preisgabe der ursprünglichen Sicherheit. Eine Verarbeitungsklausel jedoch, mit der der Sicherungsnehmer als Verarbeitender im Sinne von § 950 Abs. 1 BGB bezeichnet wird, wenn der Schuldner das Sicherungsgut in seinem Betrieb in die Produktion nähme, kann auch noch nach Eröffnung ohne Hinderung durch § 91 InsO wirken[37]. Denn der Schuldner würde, das Insolvenzverfahren einmal hinweggedacht, nicht sein Gut dem Sicherungsnehmer übertragen, sondern lediglich die Kontinuität des Eigentums beim Sicherungsnehmer wahren. Also geschieht auch mit Verarbeitung durch den Verwalter kein Masseabfluß, den § 91 InsO sperren müßte. Weil mithin dem Sicherungsnehmer die Ersatzsicherheit nicht entgeht, darf der Verwalter dessen Erlaubnis zur Verarbeitung noch als bestehend ansehen. Die Verarbeitungserlaubnis allein fällt – im Gegensatz zu Lieferpflicht und Zahlungspflicht – nicht unter die Regeln schwebender Geschäfte (§§ 103 ff. InsO).

905 Mit gleichen Überlegungen muß man eine vom Sicherungsnehmer bei einer **Globalvorauszession** vor Eröffnung dem abtretenden Schuldner gewährte Einziehungsermächtigung mit Eröffnung für beendet ansehen, wenn keine Ersatzsicherheit mehr in die Hand des Sicherungsnehmers gelangen kann. Ersatzsicherheiten sind in guten Zeiten die regelmäßig nachwachsenden neuen Außenstände des Schuldners. Ist der Sicherungsnehmer nicht mit der Bank, bei der die Zahlungen der Drittschuldner eingehen, identisch, so kann auch Vorauszession der Kontosalden Ersatzsicherheit sein. Ist die Bank selbst Sicherungsnehmerin, fungiert Verpfändung der Kontosalden als Ersatzsicherheit. Nach Eröffnung blockiert § 91 Abs. 1 InsO den Abfluß der Ersatzsicherheit aus der Masse; denn die Vorausabtretung oder die Vorausverpfändung könnte erst mit Entstehen der als Sicherheit eingesetzten Forderung wirken[38]. Die ursprüngliche Sicherheit darf deshalb der Verwalter nicht länger durch Gebrauch der Einziehungsermächtigung entleeren. Vielmehr kann er die Einziehung mangels neuer Zustimmung des Sicherungszessionars nur noch als Verwertung nach § 166 Abs. 2 InsO betreiben. Umgekehrt freilich darf wegen der Verwertungskompetenz des Verwalters der Sicherungsnehmer nicht mehr selbst einziehen.

906 Unbenommen bleibt es dem Verwalter stets, **neue Sicherungsvereinbarungen** zu Lasten der Masse zu schließen. Die neue Sicherheit vermittelt kein Absonderungsrecht mit Beitragslast nach §§ 170, 171 InsO. Vielmehr ist die Pflicht des Verwalters zur Duldung der Befriedigung aus dem Sicherungsgut beitragsfreie Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO ohne Verwalterkompetenz nach § 166 Abs. 1, Abs. 2 InsO. Weder die allgemeine Vollstreckungssperre nach § 89 InsO noch die vorübergehende besondere für Massegläubigergemäß § 90 InsO stehen dem neu ausgestatteten Sicherungsnehmer im Wege.

907 Außerdem kann der Verwalter die alte Sicherungsvereinbarung gewissermaßen wiederbeleben, soweit das Geschäft um das fragliche Gut noch in der Schwebe ist und nun der Verwalter sich gemäß § 103 Abs. 1 InsO für **Fortsetzung** entscheidet.[39] Das betrifft die Lieferung unter nicht erweitertem Eigentumsvorbehalt. Die Reaktivierung des Liefergeschäfts erzeugt nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO eine Masseschuld, weswegen die gleichfalls reaktivierte Sicherheit wie eine neu eingerichtete Sicherheit nicht als Absonderungsrecht, sondern beitragsfrei durch den Sicherungsgläubiger selbst nutzbar ist. Lieferung unter erweitertem Eigentumsvorbehalt ist nicht mehr in der Schwebe, wenn sie selbst bereits bezahlt wurde und nur andere gesicherte Forderungen noch offen sind. Unerledigt ist in bezug auf die eine Lieferung nur noch die Verkäuferpflicht. Wenn allerdings die Lieferbeziehung Dauerschuldverhältnis und nicht eine Kette einzelner Umsätze ist, so befindet sie sich insgesamt noch in der Schwebe; doch wird man dann

37 Vgl. *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 22.
38 BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IX ZR 166/02, KTS 2003, 496, 497.
39 Siehe unten Rn. 1098.

immer noch danach unterscheiden müssen, ob der Dauerschuldcharakter den einzelnen Lieferungen anhaftet oder nur einer ihr unterlegten Rahmenabsprache.

908 Fehlt nach allem eine Veräußerungsermächtigung, so kann trotzdem ein Außenstehender kraft guten Glaubens erwerben. Dies betrifft zwar nicht die Übernahme einer Forderung gemäß § 398 BGB, da es keinen gutgläubigen Forderungserwerb gibt. Auch ist bei Übereignung beweglicher Sachen (§§ 929 ff. BGB) nicht prinzipiell der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußernden geschützt. Doch wird der zunächst nur auf den guten Glauben an das Eigentum begrenzte Schutz der §§ 932 ff. BGB im Falle des Verkaufs aus einem Handelsgewerbetrieb auf die Verfügungsbefugnis ausgedehnt (§ 366 Abs. 1 HGB). Der Erwerber muß nicht selbst Kaufmann sein. Unschädlich ist, daß der Betrieb des Schuldners möglicherweise schon nicht mehr werbend, sondern nur noch abwickelnd läuft. § 81 InsO steht trotz seiner Zurückhaltung gegenüber dem Schutz guten Glaubens[40] einem Erwerb nicht entgegen, weil diese Vorschrift nicht die Verfügung durch den Verwalter, sondern durch den Schuldner selbst behandelt. Der Erwerber ist nicht schon allein deswegen bösgläubig, weil er vom Insolvenzverfahren weiß. Bösgläubig ist er erst, wenn er weiß oder grobfahrlässig nicht aus den Umständen ersieht, daß der vom Verwalter repräsentierte Schuldner im Verhältnis zu den Sicherungsnehmern nicht mehr kraft rechtsgeschäftlicher Ermächtigung und auch noch nicht oder schon nicht mehr kraft insolvenzrechtlicher Kompetenz (§ 166 Abs. 1 InsO) veräußerungsbefugt ist.

909 Ist der **Drittschuldner**, wenn ihm die Sicherungszession bekannt ist, angesichts des Insolvenzverfahrens verunsichert, ob er an den Verwalter oder an den Sicherungsnehmer zahlen muß, steht ihm gemäß § 372 Satz 2 BGB die Hinterlegung frei. Weiß er nichts von der Sicherungszession, so schützt ihn § 407 Abs. 1 BGB, wenn er an den Verwalter zahlt. Die Sicherungsbeziehung und § 816 Abs. 2 BGB regeln den internen Ausgleich zwischen Masse und Sicherungszessionar. Im Ergebnis hat der Sicherungsnehmer Anspruch auf Einräumen gleicher Sicherheit, aus der er dann wie ein Absonderungsberechtigter bedient wird. Es handelt sich beim Wiederbesicherungsanspruch um eine Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Sollte die eingezogene Leistung in der Masse noch unterscheidbar vorhanden sein, bedarf es nicht einmal der – auch jetzt geschuldeten – Einräumung neuer Sicherheit. Zwar findet keine dingliche Surrogation statt, aber immerhin genießt der Sicherungsnehmer Ersatzabsonderung in analoger Anwendung von § 48 InsO[41]. Weiß der Drittschuldner überdies nichts vom Insolvenzverfahren und zahlt er unmittelbar an den Schuldner, so tritt der Schutz des § 82 InsO hinzu. Schutzlos hingegen scheint der Drittschuldner zu stehen, wenn er die Sicherungszession kennt und in Unkenntnis der Eröffnung an den Sicherungsnehmer zahlt. Hier bietet sich analoge Anwendung von § 82 InsO an. Der beim Sicherungsnehmer eintretende Verlust der Herrschaft über eine vom Schuldner abgetretene Forderung ähnelt dem beim Schuldner eintretenden Verlust der Herrschaft über nicht abgetretene Forderungen.

6. Unterbinden von Vermögensabflüssen

a) Vorgänge vor der Eröffnung

910 Vor Eröffnung abgeflossenes, unter Umständen geradezu verschobenes Vermögen wird der Verwalter (im Kleinverfahren gemäß § 313 Abs. 2 Satz 1 InsO der Treuhänder, bei Eigenverwaltung gemäß § 280 InsO der Sachwalter) durch Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) zur Masse zurückzuziehen suchen[42]. Das Gesetz unterstützt aber auch dessen Bemühen, die Masse vor weiteren Verlusten zu schützen. Beides richtet sich bereits auf die Verwertung der Masse, nicht nur auf die Bestandspflege.

40 Siehe oben Rn. 878.

41 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 48 InsO, Rn. 32, § 49 InsO, Rn. 17; *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 95 f. Die Analogie zu § 48 InsO schließt eine vom Gesetzgeber bewußt gelassene Regelungslücke. Von der in der Entwurfsphase gedachten ausdrücklichen Regelung (§ 60 des Regierungsentwurfes) nahm man zwecks Straffung des Gesetzes Abstand, und stellte der Rechtsprechung die Analogie zur Ersatzaussonderung anheim. Siehe *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 604.

42 Siehe oben Rn. 620 ff. und unten Rn. 1005 ff.

Relative Verfügungsverbote, die vor Eröffnung gegen den Schuldner ergingen, verlieren nach Eröffnung ihre Wirkung (§ 80 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Gegenstände stehen somit unbeschränkt zur Disposition des Verwalters. Eine (den Anwendungsbereich der Vorschrift beinahe erschöpfende) Ausnahme machen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (die ihre Grenze allerdings noch in §§ 88, 114 Abs. 3, 129 ff. InsO finden können). Unberührt bleiben die mit dem Verfügungsverbot zusammenhängenden Ansprüche, welche nun eventuell als Insolvenzforderungen erscheinen. Rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote wirken ohnehin von vornherein bloß unter den Beteiligten (§ 137 BGB). 911

Vor Eröffnung eingeräumte Vorkaufsrechte stören ebenfalls die Versilberung im Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht (§ 471 BGB, eventuell mit § 1098 Abs. 1 BGB). Beachtlich ist freilich das als eine Grundstücksbelastung verdinglichte Vorkaufsrecht, wenn der Verwalter aus freier Hand veräußert (§ 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Hindernis besteht aber nur darin, daß potentielle Käufer durch das Vorkaufsrecht abgeschreckt werden. 912

b) Vorgänge nach Eröffnung

Masseschmälerungen nach Eröffnung verhindert die Insolvenzordnung in mehrerlei Weise. Die kurz zuvor bereits erwähnten Regeln über schwebende Geschäfte in §§ 103 ff. InsO sind insoweit hierher zu rechnen, als ihnen die Tendenz zur Reduzierung oder zum Abbruch von Geschäften innewohnt. Die Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3 InsO) macht jüngere Vollstreckungsmaßnahmen ungültig[43]. Eine vor der Rückschlagsperrfrist vorgenommene Pfändung von Arbeitseinkünften (§ 829 ZPO) läuft kurz nach Eröffnung aus (§ 114 Abs. 3 InsO)[44]. Der Verwalter wird sich um deren Aufhebung kümmern und sie notfalls im Wege der Vollstreckungserinnerung (§§ 766, 775 Nr. 1 ZPO) erzwingen[45]. In der Immobiliarvollstreckung veranlaßt er die Berichtigung des Grundbuches[46]. Masseschmälerung verhüten ferner §§ 81 ff. InsO. 913

aa) Verfügungen des Schuldners

Verfügungen des Schuldners über Massegut nach Eröffnung sind ungültig (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO)[47]. Nur begrenzt hilft guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Schuldners. Betroffen sind Immobilien, eingetragene Schiffe und Schiffsbauwerke, eingetragene Luftfahrzeuge. Im Verkehr mit (anderen) beweglichen Sachen nützt guter Glaube dem Außenstehenden nicht. Dieselben Regeln kamen schon gemäß § 24 Abs. 1 InsO im Eröffnungsverfahren bei Berufung eines »starken« vorläufigen Insolvenzverwalters oder bei Zustimmungsvorbehalt zum Zuge[48]. 914

Die Feststellung guten Glaubens knüpft daran an, daß die Eröffnung des Insolvenzverfahren noch nicht im Grundbuch, Schiffsregister oder Luftfahrzeugregister vermerkt ist (vgl. §§ 32 Abs. 1, 33 InsO) oder wegen vermeintlicher Freigabe wieder gelöscht (vgl. §§ 32 Abs. 3 Satz 1 Fall 1, 33 InsO). Letzte Sicherheit hat der Außenstehende aber auch hiermit noch nicht. Die Gutgläubigkeit kann immer noch im Wege der Anfechtung überwunden werden. § 147 InsO dehnt nämlich gerade für den Fall gutgläubigen Geschäfts mit dem Schuldner über ein Masseobjekt die eigentlich nur Geschäfte vor Eröffnung angreifenden (§ 129 Abs. 1 InsO) Anfechtungsregeln (§§ 130 ff. InsO) auf Vermögensbewegungen nach Eröffnung aus. Der gute Glaube kann der Feststellung subjektiver Merkmale des Anfechtungstatbestandes entgegenstehen. Doch 915

43 Siehe oben Rn. 614 ff.
44 Siehe oben Rn. 615.
45 Näher *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 88 InsO, Rn. 16.
46 Dazu *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 88 InsO, Rn. 15.
47 Siehe bereits oben zu Rn. 878.
48 Siehe hierzu Rn. 700 ff.

ist zu bedenken, daß § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB die Beweislast dem Außenstehenden abnimmt, während beispielsweise §§ 130 Abs. 3, 147 Satz 1 InsO sie ihm zuschieben.

916 Eine noch vor Eröffnung erlangte Vormerkung auf den Grunderwerb (§ 883 BGB) ermöglicht Erwerb noch nach Eröffnung. Das ist jedoch keine Frage der Wirksamkeit von Schuldnerverfügungen trotz § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO. Vielmehr gelingt der Erwerb, weil der Verwalter den gesicherten Anspruch aus der Masse erfüllen muß (§ 106 Abs. 1 Satz 1 InsO) und wenn es eben der Verwalter ist, der den Erwerbsakt mit dem Erwerber vollzieht.

917 Der Schutz aus der Verbindung von § 81 InsO mit §§ 892 f. BGB besteht auch in der grenzüberschreitenden Insolvenz, sofern die Immobilie in Deutschland liegt oder (was regelmäßig auf dasselbe hinausläuft) im deutschen Grundbuch registriert ist. Dies folgt aus der Anknüpfung an Belegenheit und Grundbuch in Art. 14 EuInsVO. Sie bedeutet Schutz nach §§ 81 Abs. 1 Satz 2 InsO, 892 f. BGB auch bei einem Insolvenzverfahren in einem anderen Mitgliedstaat. Streitanfällig ist freilich die Beschränkung von Art. 14 EuInsVO auf die entgeltliche Verfügung. Zweifelsfälle sind etwa die Ausstattung eines Kindes, Einbringen von Vermögen in eine Gesellschaft als Beitrag, Bestellung von Kreditsicherheit oder Zession einer Grundschuld anstatt Zahlung.

bb) Erwerb ohne Verfügung des Schuldners

918 Auch Erwerb aus der Masse ohne Verfügung des Schuldners gelingt gemäß § 91 Abs. 1 InsO nicht mehr, wenn der Verwalter hieran nicht mitwirkt (was er auch nachträglich mit Genehmigung oder Freigabe tun kann[49]).

919 So entleert nicht etwa die bei Tod des Schuldners eintretende Erbfolge (§ 1922 Abs. 1 BGB) die Masse, sondern das Insolvenzverfahren wandelt sich in ein Nachlaßinsolvenzverfahren um[50] (je nach dem bisherigen Verlauf als Regelverfahren oder als Kleinverfahren[51]). Der Schuldner kann auch nicht mehr durch Widmung eines vorhandenen oder neuerworbenen Gerätes (§ 35 Abs. 1 InsO) zu Grundstückszubehör (§§ 97 f. BGB) den Haftungsverband einer Grundschuld (§§ 1120, 1192 Abs. 1 BGB) zugunsten des absonderungsberechtigten Gläubigers (§ 49 InsO) und zu Lasten der Insolvenzgläubiger aufbessern[52]. Rückerwerb durch (bürgerlich-rechtliche) Anfechtung eines dinglichen Geschäfts, mit welchem der Anfechtende vor der Eröffnung das Schuldnervermögen bereichert hatte, gemäß § 143 BGB wird man ebenfalls mit § 91 Abs. 1 InsO verneinen müssen. Der Zerstörung des Übertragungsgeschäfts wirkt zwar gemäß § 142 Abs. 1 BGB in die Vergangenheit zurück. Doch ist diese Rückwirkung nur Fiktion[53]. Sie wird in der Gegenwart während laufenden Insolvenzverfahrens ausgelöst. Und gegenwärtig duldet die Masse keinen Verlust.

920 **Gesetzlichen Erwerb** nach Eröffnung gemäß §§ 946 ff. BGB schließt allerdings § 91 InsO nicht aus[54], da er gewissermaßen unter der Regie des Insolvenzverwalters stattfindet. Die Masse gewinnt dafür den in den Regeln vorgesehenen Ausgleich (§§ 947 Abs. 1, 951 BGB). Den Fruchtgenuß des Pächters (§ 956 Abs. 1 BGB) stört § 91 Abs. 1 InsO ebenfalls nicht, da das legitimierende Pachtverhältnis einstweilen fortbesteht (§ 108 Abs. 1 InsO).

921 Hingegen zählt zum **ausgeschlossenen Erwerb ohne Schuldnerverfügung** im Sinne von § 91 Abs. 1 InsO derjenige Erwerb, der auf einer Verfügung des Schuldners vor Eröffnung beruht und sich erst nach Eröffnung vollendet. Fälle solchen mehraktigen, gestreckten Erwerbs sind beispielsweise

- die Verfügung unter aufschiebender Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB)[55],

49 *Windel*, in: *Jaeger*, § 91 InsO, Rn. 114.
50 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 312 InsO, Rn. 59.
51 Vgl. *Becker* in: *Nerlich/Römermann*, § 1 InsO, Rn. 11.
52 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 27.
53 Bloß fiktiv vor Eröffnung vollendeten Erwerb nimmt auch *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 1, nicht von § 91 Abs. 1 InsO aus.
54 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 22.
55 Anders BGH, Urteil vom 17. November 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915 f., 916 f.: die aufschiebend bedingte Veräußerung vor Eröffnung ließ das Objekt bereits aus dem Vermögen des

- die Vorauszession von Forderungen gegen Drittschuldner (§ 398 BGB) oder sonstiger Rechte, welche erst nach Eröffnung entstehen[56] (im Unterschied zur vor Eröffnung unbedingt geschehenen, konkursfesten Abtretung einer bedingten Forderung[57]; für Vorausabtretung von Arbeitseinkünften gilt die Sonderregelung in § 114 InsO[58]),
- die antizipierte Übereignung beweglicher Sachen (§§ 929 Satz 1, 930 BGB), welche erst nach Eröffnung ins Schuldnervermögen gelangen,
- der Erwerb von Immobiliarrechten (§§ 873, 925 BGB) durch Einigung vor Eröffnung und Eintragung danach.

Vielfach wird der **gestreckte Erwerb** aber durch Sonderbestimmungen geschützt. So vermag 922
sich das vor der Eröffnung erlangte Anwartschaftsrecht des unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1, 449 Abs. 1 BGB) belieferten Warenempfängers noch während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vorbehaltslieferanten zum vollen Eigentum zu entwickeln, weil der Empfänger auf Durchführung des obligatorischen Geschäfts bestehen kann (§ 107 Abs. 1 Satz 1 InsO). Im Immobilienverkehr schützen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§§ 892 f. BGB, 91 Abs. 2 InsO)[59]. Der Erwerber kann noch mit seinem nach Eröffnung oder sogar noch nach Eingang des Eintragungsgesuches von Insolvenzgericht oder Insolvenzverwalter (§ 32 Abs. 2 InsO) gestellten Eintragungsgesuch Erfolg haben (über den Zeitpunkt der Gutgläubigkeit siehe § 892 Abs. 2 BGB). Ging der Antrag schon vor Eröffnung beim Grundbuchamt ein, hilft bereits die von § 878 BGB (mit § 91 Abs. 2 InsO) bewirkte Vorverlagerung der Eintragungswirkung auf den Antrag; auf guten Glauben im weiteren Verlauf kommt es nicht mehr an. Unberührt bleibt freilich eine Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) des vor Eröffnung geschehenen Teilaktes. Eine Vormerkung des Erwerbs (§ 883 BGB) gibt dem Erwerber dann keine gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO insolvenzfeste Position[60], wenn der gesicherte Anspruch auf das Immobiliarrecht erst nach Eröffnung entsteht; vielmehr wirkt dann § 91 Abs. 1 InsO als Sperre[61].

Erwerb durch Zwangsvollstreckung nach Eröffnung ist nicht erst durch § 91 Abs. 1 InsO ver- 923
hindert, sondern bereits durch die Vollstreckungssperren der §§ 89 f. InsO. Soweit nach §§ 89 f. InsO noch Raum für einen Vollstreckungszugriff auf die Masse bleibt, steht § 91 Abs. 1 InsO nicht als Auffangnorm entgegen, weil sonst die hinter §§ 88 f. InsO stehende Interessenabwägung überflüssig wäre.

cc) Leistung an den Schuldner

Der Schuldner ist ab Eröffnung nicht mehr für noch offene Leistungen von Drittschuldnern 924
empfangszuständig[62]. Eventuell ist dies sogar schon seit dem Eröffnungsverfahren der Fall[63]. Leistung an den Schuldner läßt also das Erfüllungsverlangen des Verwalters unberührt. Auch Leistung an einen vom Schuldner zum Empfang benannten Dritten wirkt nicht mehr gemäß §§ 185 Abs. 1, 362 Abs. 2 BGB als Erfüllung[64].

Der **unwissende Drittschuldner** wird jedoch in seinem Glauben, sich mit Leistung an den 925
Schuldner von der Verbindlichkeit zu befreien (§ 362 Abs. 1 BGB) geschützt (§ 82 InsO). Er muß nicht ein zweites Mal an den Verwalter zugunsten der Masse leisten. Hierin ist der gleiche

---

späteren Gemeinschuldners ausscheiden und ist insolvenzfest. Dem wird man nur zustimmen können, wenn (wie im Falle des Eigentumsvorbehaltes gemäß § 107 Abs. 1 InsO) es allein am Erwerber liegt, den Übergang vollwirksam zu machen (siehe sogleich Rn. 922).

56 Vgl. oben Rn. 905. Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 17. Betreffend Nutzungsrechte an Datenverarbeitungsprogrammen BGH, NJW 2006, 915, 916.

57 Siehe BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 – IX ZR 51/02, NJW 2003, 2744, 2746.

58 Siehe unten Rn. 1141.

59 Vgl. oben Rn. 700 ff. für Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren (§§ 81 Abs. 1, 24 Abs. 1 InsO).

60 Vgl. oben Rn. 916.

61 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 26.

62 Oben Rn. 797 ff.

63 Siehe oben Rn. 721.

64 Vgl. für Sequestration und Konkurs BGH, Urteil vom 17. Juni 1999 – IX ZR 176/98, ZIP 1999, 1269 ff.; OLG Dresden, Urteil vom 11. November 1999 – 4 U 2045/99, ZIP 1999, 2161 ff.

Rechtsgedanke wie in § 407 Abs. 1 BGB für die Leistung an den Zessionar nach Abtretung enthalten. Ob die Leistung in Deutschland oder auswärts stattfindet, ist für § 82 InsO gleichgültig. Zusätzlich sorgt aber Art. 24 EuInsVO für grenzüberschreitenden Schutz der Drittschuldner[65]. Die Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses (§ 30 Abs. 1 Satz 1 InsO) mit seiner Untersagung, noch länger an den Schuldner zu leisten (§ 28 Abs. 3 InsO), wirkt dem guten Glauben entgegen.

c) Verhinderung des Massebeschlages?

926 Möglichem Masseverlust aus vor Eröffnung schon erzeugten Verwertungsrechte für einzelne Gläubiger schiebt das Gesetz keinen besonderen Riegel vor. Es bewendet bei den punktuell greifenden Instrumenten der Rückschlagsperre, der Beschneidung einer Pfändung von Arbeitseinkünften und der Anfechtung[66]. Ansonsten genießen die Inhaber der Verwertungsrechte abgesonderte Befriedigung (§§ 49 ff., 165 ff. InsO).

927 Vom Schuldner vor Eröffnung ausgegebene Vollmachten können allenfalls noch zu einer Notgeschäftsführung ausgeübt werden (§§ 117 Abs. 1, Abs. 2, 115 Abs. 2 InsO).

928 Anteile des Schuldners in Gesellschaften und Gemeinschaften können nicht durch Statut dem Massezugriff vorenthalten bleiben. Sollte die Auseinandersetzung im Gesellschaftsvertrag oder in einer Abmachung unter den Gemeinschaftsbeteiligten ausgeschlossen oder durch eine Kündigungsfrist erschwert sein, so ist das in der Insolvenz eines Beteiligten unbeachtlich (§ 84 Abs. 2 Satz 1 InsO)[67]. Ähnliches kennt man aus der Einzelvollstreckung, wo eine Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen einen Drittschuldner nicht durch Abtretungsverbot (§ 399 Fall 2 BGB) gegen eine im Prinzip nur bei Abtretbarkeit mögliche (§ 851 Abs. 1 ZPO) Pfändung (§ 829 ZPO) immun gemacht werden kann (§ 851 Abs. 2 ZPO). Die Zugriffseröffnung nach § 851 Abs. 2 ZPO wirkt sich im übrigen auch im Insolvenzverfahren aus: Wenn der Schuldner mit dem Drittschuldner ein Abtretungsverbot oder den Vorbehalt der Zustimmung zu einer Abtretung vereinbart hatte, so schließt das nicht wegen Unpfändbarkeit (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO) die vinkulierte Forderung aus der Masse aus. Auch vinkulierte Gesellschaftsanteile (§§ 15 Abs. 4 GmbHG, 68 Abs. 2 AktG) unterliegen als Massebestandteile dem Insolvenzbeschlag, weil sie nicht unpfändbar sind (§ 857 Abs. 3 ZPO; im Falle der Aktie analog, falls man diese grundsätzlich nach den Regeln der Sachpfändung, das heißt nach §§ 808 ff. ZPO und nicht nach §§ 828 ff. ZPO, behandeln möchte).

929 Zum Erbantritt zwingt der Massebeschlag den Schuldner jedoch nicht (§ 83 Abs. 1 Satz 1 InsO). Einen bereits mit dem Erbgang eingetretenen Zufluß (§§ 1922, 1942 Abs. 1 BGB) kann der Schuldner vielmehr noch nach Eröffnung durch Ausschlagung (§§ 1942 ff. BGB) rückgängig machen. Eventuell bleibt aber ein Pflichtteil übrig (§ 2306 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB).

7. Verwertung zurückgestellt

930 Die sozusagen gewöhnlichen Veräußerungen oder sonst ertragbringenden Geschäfte, welche der Verwalter zur Bewirtschaftung des Schuldnervermögens tätigt, sind äußerlich nicht von der vor dem Berichtstermin zunächst noch nicht anstehenden Verwertung nach § 159 InsO zu unterscheiden[68]. Umgekehrt wird der Verwalter auch in der Verwertungsphase nach dem Berichtstermin mit manchen Gegenständen einstweilen so verfahren, daß es noch nach gewöhnlicher Bewirtschaftung aussieht – beispielsweise wenn er auf Wertsteigerung oder leichtere Absatzmöglichkeit wartet. Der

65 Außerhalb der EuInsVO schützt § 350 InsO die Erfüllungswirkung gutgläubiger inländischer Leistung bei Auslandsinsolvenzverfahren.

66 Oben Rn. 913.

67 Siehe oben Rn. 835 ff.

68 Ähnlich konnte es bereits bei der Sequestration während des Eröffnungsverfahrens sein. Siehe oben Rn. 714 ff.

Unterschied ergibt sich aber zumindest aus der Intention. Die Verwertung zielt auf Erlös, der in die Verteilung gemäß §§ 187 ff. InsO oder gemäß Insolvenzplan geführt werden soll. Die Vornahme ertragreicher Geschäfte im Rahmen der Bewirtschaftung will den Erlös in die Masse integrieren.

931 Eine in die Verwertungsphase hinein prolongierte Bewirtschaftung von Absonderungsgut[69] löst Ausgleichsverzinsung (§§ 169 Satz 1 InsO, 30e Abs. 1 Satz 1 ZVG) und Ausgleich von Wertverlust (§§ 172 Abs. 1 Satz 1 InsO, 30e Abs. 2 ZVG) beziehungsweise bei Beschneiden einer Zwangsverwaltung Nachteilsausgleich (§ 153b Abs. 2 ZVG) als Masseschulden aus. Die Ausgleichsregelung für bewegliche Sachen in § 172 Abs. 1 Satz 1 InsO ist hierbei weitestmöglich aufzufassen. Sie betrifft jede Form der Verwendung, Liegenlassen bis zu einer erhofften Wertsteigerung oder besseren Einsatzmöglichkeit ebenso inbegriffen wie Verbrauch,[70] und im Analogieschluß jedes bewegliche Gut, nicht nur Sachen[71]. Ein Wertverzehr des Absonderungsguts kann nicht dem Absonderungsberechtigten, sondern auch den Insolvenzgläubigern schaden. Ihnen haftet der Verwalter eventuell auf Schadensersatz nach § 60 InsO. Trägt die Masse nicht einmal die dem Absonderungsgläubiger geschuldeten Ausgleichszahlungen, haftet der Verwalter gemäß § 61 InsO.

IV. Dokumentation und Berichterstattung

932 Das Insolvenzverfahren benötigt **vollkommene Transparenz** der Vermögensverhältnisse des insolventen Schuldners. Diese herzustellen ist Aufgabe des Insolvenzverwalters. Das widerspricht nicht der Amtsermittlungspflicht des Gerichts (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InsO), sondern ergänzt sie. Bereits im Eröffnungsverfahren war es dem Gericht möglich, sich das für die Entscheidung über den Eröffnungsantrag notwendige Bild vom Vermögen des Schuldners mit der Hilfe eines vorläufigen Insolvenzverwalters zu verschaffen (§ 22 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 InsO)[72]. § 5 Abs. 4 InsO verweist zu den umfangreichen Arbeiten auf die Segnungen elektronischer Datenverarbeitung.

933 Die fortschreitende Transparenz des Schuldnervermögens ist durchaus geeignet, Sanierungsbemühungen (einschließlich übertragender Sanierung) zu durchkreuzen. Sie legt Strukturen, Erreichtes und Pläne des Schuldnerbetriebes offen oder macht sie erahnbar. Dieses beiläufig gewinnbare wertvolle Wissen stärkt die Konkurrenten und macht eine Beteiligung oder Übernahme weniger attraktiv. Insbesondere gefährdet sie Betriebsgeheimnisse. Nutzung und weitere Verbreitung des Wissens sind nur sehr begrenzt sanktioniert – zum Beispiel als positive Vertragsverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB; als Delikte nach § 826 BGB oder §§ 203 f. StGB mit § 823 Abs. 2 BGB oder §§ 17 f. UWG mit § 823 Abs. 2 BGB.

1. Bis zum Berichtstermin

a) Masseverzeichnis

934 Nach Eröffnung stellt der Insolvenzverwalter ohne besondere Aufforderung ein Verzeichnis aller Gegenstände der Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) mit Wertangaben her (§ 151 InsO). Das Verzeichnis legt der Verwalter in Vorbereitung des Berichtstermins (§ 156

69 Wegen Verzögerung einer Aussonderung von Gegenständen eines Gesellschafters vergleiche § 135 Abs. 3 InsO. Dazu oben Rn. 651, unten Rn. 975, 994.

70 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 172 InsO, Rn. 6 ff.; anders *Häcker*, Rn. 178, 183, *Pobuda*, S. 156 ff., 187 f.

71 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 172 InsO, Rn. 3 f., 47 f.; *Häcker*, Rn. 193 ff.; *Pobuda*, S. 113 ff.

72 Siehe oben Rn. 687 und Rn. 710.

InsO)[73] zur Einsicht auf der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts nieder (§ 154 InsO). Bereitet sie unverhältnismäßigen Aufwand, kann dem Verwalter die Aufgabe freilich erlassen werden (§ 151 Abs. 3 InsO).

935 Im **Kleinverfahren** erstellt der Treuhänder das Masseverzeichnis (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Ein Berichtstermin wird zwar im Kleinverfahren nicht durchweg anberaumt (§ 312 Abs. 1 Satz 2 InsO)[74]. Trotzdem ist grundsätzlich auch im Kleinverfahren schriftlich oder in einer Gläubigerversammlung Transparenz herzustellen. Desgleichen verlangt das ganz oder teilweise schriftlich geführte Insolvenzverfahren (§ 5 Abs. 2 InsO) Übersicht über die Masse in schriftlicher Information oder eben doch in einer Gläubigerversammlung. In der Eigenverwaltung (diese gemäß § 312 Abs. 2 InsO im Kleinverfahren nicht vorkommend) ist das Verzeichnis Angelegenheit des Eigenverwalters (§ 281 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Sachwalter prüft es (§ 281 Abs. 1 Satz 2 InsO).

b) Gläubigerverzeichnis

936 Ein weiteres Verzeichnis erfaßt alle Gläubiger, soweit der Verwalter sie aus den Unterlagen des Schuldners feststellen kann (§ 152 InsO). Die Liste weist nicht nur Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), sondern sämtliche Gläubiger aus. Das Verzeichnis ist nicht mit der Tabelle zu verwechseln, die aus der Anmeldung von Insolvenzforderungen entsteht (§§ 174 f. InsO). Vielmehr sind die Anmeldungen Informationsquellen für das Gläubigerverzeichnis. Auch das Gläubigerverzeichnis legt der Verwalter vor dem Berichtstermin beim Insolvenzgericht nieder (§ 154 Fall 2 InsO).

937 Im **Kleinverfahren** ist der Treuhänder zuständig (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO), bei der Eigenverwaltung der Eigenverwalter (§ 281 Abs. 1 Satz 1 InsO) unter Kontrolle des Sachwalters (§ 281 Abs. 1 Satz 2 InsO).

c) Vermögensübersicht

938 Masseverzeichnis und Gläubigerverzeichnis münden in die Vermögensübersicht (§ 153 Abs. 1 InsO). Der Schuldner kann zur eidesstattlichen Versicherung ihrer Vollständigkeit herangezogen werden (§ 153 Abs. 2 InsO). Die Vermögensübersicht nach § 153 InsO darf man nicht mit der Vermögensübersicht zum Entwurf eines Insolvenzplans (§ 229 Satz 1 InsO) verwechseln. Die eine Übersicht kann aber aus der jeweils anderen hervorgehen. Die Vermögensübersicht nach § 153 InsO liegt ebenfalls vor dem Berichtstermin beim Insolvenzgericht auf (§ 154 Fall 3 InsO).

939 In Kleinverfahren und bei Eigenverwaltung gilt für die Vermögensübersicht nach § 153 InsO dieselbe Aufgabenzuweisung wie zuvor bei Masseverzeichnis und Gläubigerverzeichnis (§§ 313 Abs. 1 Satz 1, 281 Abs. 1 InsO).

d) Bericht im Berichtstermin

940 Auf Grundlage der Verzeichnisse gemäß §§ 151 ff. InsO erstattet der Insolvenzverwalter der Gläubigerversammlung (§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 74 InsO) Bericht über die wirtschaftliche Verfassung des Schuldners (§ 156 Abs. 1 InsO). Der Berichtstermin ist **einer der Hauptschritte des Insolvenzverfahrens**. Zahlreiche Stellungnahmen ergänzen den Bericht (§ 156 Abs. 2 InsO). Hierauf stellt die Gläubigerversammlung die Weichen für den weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens. Der Verwalter erfährt, ob

73 Siehe unten Rn. 940 ff.
74 Siehe oben Rn. 792.

ein im Schuldnervermögen vorhandenes Unternehmen vorerst fortgesetzt werden soll oder nicht (§ 157 Satz 1 InsO). Auch kann die Versammlung den Verwalter mit der Ausarbeitung eines Insolvenzplans (§§ 217 ff. InsO) betrauen und dafür Vorgaben setzen (§ 157 Satz 2 InsO. In der Eigenverwaltung geht der Auftrag gemäß § 284 Abs. 1 Satz 1 InsO an den Schuldner selbst oder an den Sachwalter); der Planauftrag ist allerdings nur ein erster Schritt zu eventueller Abkehr von der gesetzlichen Liquidation und nimmt die unerläßliche Erörterung und Annahme eines Insolvenzplans (§§ 235 ff. InsO) nicht vorweg.

Im **Kleinverfahren** entfällt der Berichtstermin regelmäßig (§ 312 Abs. 1 Satz 2 InsO)[75]. Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren nicht gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 InsO im Ganzen schriftlich abläuft. Unberührt bleibt aber im Einzelfall wünschenswerte Einberufung der Gläubigerversammlung zur Berichterstattung[76], ausgesprochen im Eröffnungsbeschluß oder getrennt davon bei späterer Gelegenheit. Den Bericht erstattet dann der Treuhänder (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Im Falle der Eigenverwaltung erstattet der Schuldner selbst den Bericht (§ 281 Abs. 2 Satz 1). Der Sachwalter vergrößert den Kreis der Stellungnahmen (§ 281 Abs. 2 Satz 2 InsO). 941

Die Entscheidungen im Berichtstermin sind nicht endgültig, sondern stehen zur späteren erneuten Disposition der Gläubigerversammlung (§ 157 Satz 3 InsO). Sie werden aber endgültig, wenn die Gläubigerversammlung bis zum Ende des Insolvenzverfahrens ihre Entscheidungen nicht mehr ändert. 942

2. Nach dem Berichtstermin

Nicht nur zum Berichtstermin, sondern auch zu den weiteren gesetzlich vorgesehenen Gläubigerversammlungen werden Unterlagen benötigt. 943

a) Tabelle für den Prüfungstermin

Die nächste gesetzlich vorgesehene Gläubigerversammlung, zu der der Verwalter Unterlagen vorbereitet, ist der Prüfungstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 2, 176 InsO). Dieser muß nicht wirklich zeitlich getrennt vom Berichtstermin liegen (§ 29 Abs. 2 InsO). Doch ist er an seinem Gegenstand vom Berichtstermin zu unterscheiden. Es geht nunmehr um die Feststellung, ob angebliche Ansprüche von Gläubigern als Insolvenzforderungen bedient werden sollen[77]. Für sie führt der Verwalter die Insolvenztabelle (§ 175 Abs. 1 Satz 1 InsO), zu der sich die Gläubiger mit Angabe von Einzelheiten anmelden (§ 174 InsO)[78]. Die Aufforderung hierzu ergeht bereits mit der Verfahrenseröffnung (§ 28 Abs. 1 InsO). Einige Zeit vor dem Prüfungstermin liegt die Tabelle bei Gericht auf (§ 175 Abs. 1 Satz 2 InsO). 944

Im **Kleinverfahren** führt der Treuhänder die Tabelle (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO), bei Eigenverwaltung der Sachwalter (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO). Die Tabelle ist im Kleinverfahren und im Regelverfahren auch dann notwendig, wenn es gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 InsO keine Gläubigerversammlung für die Prüfung geben wird, sondern nur Prüfung im schriftlichen Verfahren. 945

Frühestens mit dem Prüfungstermin kann die Gläubigerversammlung auch über einen vorgelegten Entwurf zu einem Insolvenzplan beraten (§ 236 InsO). 946

75 Siehe oben Rn. 792.
76 Ebenfalls oben Rn. 792.
77 Siehe unten Rn. 1271 ff. (§ 29).
78 Siehe unten Rn. 1244 ff. (§ 28).

b) Verteilungsverzeichnis

947 Auf Grundlage der Feststellungen zur Tabelle erstellt der Verwalter zu jedem der nach dem Prüfungstermin anstehenden Erlösverteilungen (§ 187 InsO) ein Verteilungsverzeichnis (§ 188 Satz 1 InsO).[79] Das Verzeichnis liegt bei Gericht auf (§ 188 Satz 2 InsO), und seine Hauptdaten werden bekanntgemacht (§ 188 Satz 3 InsO).

948 Im **Kleinverfahren** erstellt der Treuhänder das Verteilungsverzeichnis (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO), in der Eigenverwaltung der Schuldner (ableitbar aus §§ 270 Abs. 1 Satz 2, 283 Abs. 2 Satz 1 InsO) unter Prüfung des Sachwalters (§ 283 Abs. 2 Satz 2 InsO).

c) Schlußrechnung für den Schlußtermin

949 Nach der Schlußverteilung findet eine letzte Gläubigerversammlung statt (§ 197 InsO). Zu diesem Schlußtermin erstellt der Insolvenzverwalter eine Schlußrechnung (§§ 66 Abs. 1, 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO). Das Insolvenzgericht prüft die Schlußrechnung vor der Gläubigerversammlung (§ 66 Abs. 2 Satz 1 InsO).

950 Im **Kleinverfahren** stellt der Treuhänder die Schlußrechnung auf (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO), bei Eigenverwaltung der Schuldner (ersichtlich aus §§ 270 Abs. 1 Satz 2, 283 Abs. 3 Satz 2 InsO) mit Prüfung durch den Sachwalter (§ 281 Abs. 1 Satz 2 mit Abs. 3 Satz 2 InsO).

d) Aufstellungen und Berichte bei Übergang ins Insolvenzplanverfahren

951 Soll das Insolvenzverfahren in einen Insolvenzplan übergehen, so ist der Insolvenzverwalter als solcher neben dem Schuldner als solchem zur Vorbereitung berufen (§ 218 Abs. 1 Satz 1 InsO), in der Eigenverwaltung der Schuldner in seiner Doppelrolle als solcher und als Eigenverwalter neben dem Sachwalter (§ 284 Abs. 1 Satz 1 InsO). Ist das deutsche Insolvenzverfahren Territorialverfahren, kann auch der Verwalter des auswärtigen Hauptinsolvenzverfahrens den Insolvenzplan einreichen (Art. 34 Abs. 1, 36 EuInsVO; § 357 Abs. 3 Satz 2 InsO). Gleichviel, ob der Insolvenzverwalter den Plan aus eigenem Antrieb oder erst auf Geheiß der Gläubigerversammlung vorlegt, besteht er aus zahlreichen Aufstellungen (§§ 219 ff. InsO). Näheres ist unten bei der Darstellung des Insolvenzplanverfahrens aufzuführen[80].

952 Sollte der Insolvenzplan zustande kommen und überdies die Planerfüllung zu überwachen sein, so treffen den Insolvenzverwalter (§ 261 Abs. 1 Satz 1 InsO) beziehungsweise den Sachwalter (§ 284 Abs. 2 InsO) weitere Berichtspflichten (§ 261 Abs. 2 InsO).

3. Fortlaufende Aufgaben

953 Viele Pflichten zu Aufzeichnungen und Unterrichtungen arbeiten nicht den zentralen Gläubigerversammlungen entgegen, sondern ziehen sich über das ganze Insolvenzverfahren hin.

a) Aufzeichnungen nach Handelsrecht und nach Steuerrecht

954 Der **Insolvenzverwalter** tritt in die handelsrechtlichen und steuerrechtlichen **Pflichten** zu Buchführung und Rechnungslegung **ein** (§ 155 Abs. 1 InsO). Die Vorschrift zielt auf §§ 238 ff. HGB und §§ 140 ff. AO. Inbegriffen sind etwaige Publizitätspflichten (§§ 325 ff., 339, 340l, 341m HGB). Bei der **Eigenverwaltung** verbleibt diese Aufgabe jedoch dem **Schuldner** (§ 281 Abs. 3 Satz 1 InsO). Im **Kleinverfahren** ist der

79 Hierzu BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 – IX ZR 156/07, NZI 2009, 167, 168.
80 Siehe unten Rn. 1600 ff.

Treuhänder zuständig (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO); doch wird es sich dort nur um die Erfassung der Vergangenheit eines eingestellten Betriebes handeln.

Zur Erleichterung dieser Aufgaben zieht § 36 Abs. 2 Nr. 1 InsO (als Ausnahme von §§ 811 Abs. 1 Nr. 11 ZPO, 36 Abs. 1 Satz 1 InsO) die Unterlagen des Schuldners zur Masse, so daß der Verwalter den Zugriff hat (§ 148 InsO). 955

Von den Verwalteraufzeichnungen in der Masse ist die Aufzeichnung des Verwalters in eigener Angelegenheit wegen seiner Ausübung des Berufes eines Vermögensverwalters zu trennen. Ebenfalls getrennt zu betrachten sind Aufzeichnungspflichten des Schuldners (der natürliche Person ist) wegen etwaiger weiterer oder neuer selbständiger Tätigkeit außerhalb der Masse. Daran ändert nichts, daß deren Ertrag oberhalb der Pfändungsgrenze als Neuerwerb in die Masse fällt (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO) und insoweit dann vom Verwalter ebenfalls zu dokumentieren ist. 956

b) Unterrichtung von Insolvenzgericht, Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung

Nicht nur zu den gesetzlich bestimmten Gläubigerversammlungen, sondern jederzeit steht der Verwalter dem Insolvenzgericht und der Gläubigerschaft zu Auskünften zur Verfügung. Das Gericht ist als Aufsichtsorgan (§ 58 Abs. 1 Satz 1 InsO) auskunftsberechtigt (58 Abs. 1 Satz 2 InsO). Die Gläubigerschaft ist auskunftsberechtigt sowohl in der vom Gericht aus eigenem Antrieb oder gemäß § 75 InsO auf Antrag einzuberufenden Gläubigerversammlung (§ 79 InsO) als auch in dem etwa bestellten (§§ 67 f. InsO) Gläubigerausschuß (§ 69 InsO). Sogar zu umfassender Zwischenrechnungslegung kann die Gläubigerversammlung den Verwalter auffordern (§ 66 Abs. 3 Satz 1 InsO). Vor allem in Großverfahren[81], aber nicht nur dort, bietet es sich an, nicht auf die Schlußrechnung (§§ 66 Abs. 1, 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO) zu warten. 957

Die Pflichten treffen im Kleinverfahren den **Treuhänder** (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO) und bei **Eigenverwaltung** den **Schuldner** (§ 270 Abs. 1 Satz 2 InsO). Den Sachwalter treffen ebenfalls Berichtspflichten (§§ 58 Abs. 1 Satz 2, 274 Abs. 1, Abs. 3 InsO). 958

Vor **bedeutenden Maßnahmen** tritt der Verwalter von sich aus an die Gläubigerorgane heran (§§ 158, 160 ff. InsO). 959

Im **Kleinverfahren** tut dies der **Treuhänder** (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Bei der **Eigenverwaltung** ist der **Schuldner** in der Pflicht (§ 270 Abs. 1 Satz 2 InsO mit Modifikation in § 276 InsO). 960

c) Grenzüberschreitender Informationsaustausch

Gibt es neben dem hiesigen Insolvenzverfahren auswärtig ein weiteres oder mehrere weitere, so bringt die Kooperation ebenfalls Berichtspflichten mit sich (Art. 31 Abs. 1, 36 EuInsVO; § 357 Abs. 1 Satz 1 InsO). 961

81 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 66 InsO, Rn. 20.

§ 22 Massebereinigung durch Aussondern massefremden Gutes

Literatur: *Barnert*, Insolvenzspezifische Pflichten des Insolvenzverwalters gegenüber Aussonderungsberechtigten, KTS 2005, 431 ff.; *Becker*, Mobiliarsicherheiten im Internationalen Insolvenzrecht, in: *Patti* u.a., Klauselrichtlinie. Mobiliarsicherheiten. Strafverfolgung, 2005, S. 75 ff.; *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. Außenrecht der Verwaltungstreuhand, 2006; *Brinkmann*, Drittschadensliquidation und Insolvenz, KTS 2004, 357 ff.; *Fridgen*, Zum Aussonderungsrecht bei der fremdnützigen Verwaltungstreuhand, ZInsO 2004, 530 ff.; *Ganter*, Zweifelsfragen bei der Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung, NZI 2005, 1 ff.; *Ganter*, Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung, NZI 2008, 583 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Anwendbarkeit des § 48 InsO auf Veräußerungen durch den Insolvenzschuldner, DZWIR 2001, 441 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Rechtsstellung des obligatorisch Aussonderungsberechtigten, DZWIR 2001, 95 ff.; *Gundlach/Frenzel/Jahn*, Die Inbesitznahme von Aussonderungsgut, DZWIR 2007, 320 ff.; *H. Honsell*, Das Aussonderungsrecht des Leasinggebers im Konkurs des Leasingnehmers beim Investitionsgüterleasing, SJZ 1999, 21 ff.; *Lachner/Lexa*, Die Rechte des Käufers eines Lebensversicherungsvertrages in der Insolvenz des Versicherungsnehmers, NJW 2007, 1176 ff.; *Lange*, Treuhandkonten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, NJW 2007, 2513 ff.

I. Massefremdheit

1. Ausschluß vom Zweck gemeinschaftlicher Gläubigerbefriedigung

962 Gegenstände, die dem Schuldner nicht gehören, dienen nicht der Befriedigung seiner Gläubiger nach §§ 1 Satz 1, 38 f., 159, 174 ff. InsO[1]. Auf sie erstreckt sich nicht der Insolvenzbeschlag nach § 35 Abs. 1 InsO. Ausnahmen machen nur solche Gegenstände, an denen der Schuldner ein Verwertungsrecht erlangte. Das sind zum Beispiel dem Schuldner zur Sicherheit verpfändete oder übereignete Sachen. Doch sind auch in solchen Fällen die Objekte nicht insgesamt Massebestandteil. Vielmehr zählt nur die durch das Sicherungsgeschäft, kraft Gesetzes oder durch Pfändung vermittelte Verwertungsbefugnis zur Masse. Ähnlich verhält es sich mit fremden Gegenständen, an denen der Schuldner ein dingliches Nutzungsrecht (z.B. Nießbrauch nach § 1030 Abs. 1 BGB) hat oder die er kraft eines Schuldverhältnisses (z.B. Miete gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB) benutzen darf. Sofern das (Be-)Nutzungsrecht, wie es häufig der Fall ist (siehe z.B. § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO), die Verfahrenseröffnung überdauert, ist dieses Nutzungsrecht Massebestandteil. Nicht aber gehört der genutzte Gegenstand insgesamt zur Masse.

963 Gänzlich massefremd wiederum ist der Gegenstand **aus dem Vermögen eines Dritten**, womit einem Insolvenzgläubiger Sicherheit eingerichtet wurde. Auf einen solchen Gegenstand wird der Verwalter schon tatsächlich zumeist keinen Zugriff haben.

964 Andererseits ist ein dem Schuldner nicht gehörender Gegenstand Massebestandteil, wenn der Dritte den Gegenstand nur als Treuhänder innehat. Das betrifft insbesondere, aber nicht ausschließlich, Sachen und Rechte, welche der Schuldner zur Sicherheit übereignete beziehungsweise abtrat. Der Sicherungsnehmer hat hier lediglich ein Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO) und kann den Gegenstand nicht gänzlich vom Insolvenzverfahren fernhalten.

1 Siehe zum Folgenden auch bereits oben Rn. 390 ff.

2. Entwicklung der Soll-Masse

Der Verwalter findet zwar bei Amtsantritt einen bestimmten Bestand an Gegenständen im Einflußbereich des Schuldners vor, begnügt sich aber nicht mit deren Identifikation. Vielmehr ist es seine Aufgabe, das Vorgefundene, die häufig sogenannte **Ist-Masse**, in einen Bestand an Verwertbarem, die häufig sogenannte **Soll-Masse**, zu überführen. Ist-Masse und Soll-Masse sind keine gesetzlichen Begriffe, sondern Ausdrücke für die Entwicklungsfähigkeit und Entwicklungsbedürftigkeit dessen, was der Verwalter in die Hand nimmt, um die Gläubiger zu bedienen. Weder die Ist-Masse noch die Soll-Masse ist mit der in § 35 Abs. 1 InsO beschriebenen Masse ohne weiteres deckungsgleich. Beide entsprechen ihr nur ungefähr. Die Ist-Masse enthält als bloß tatsächlicher Befund noch Gegenstände, die als pfandfrei oder fremd gar nicht zur Masse gemäß § 35 Abs. 1 InsO gehören und die der Verwertung entzogen sind. In der anfangs nur in Gedanken umrissenen Soll-Masse sind bereits Gegenstände enthalten, die zunächst wegen Fremdheit dem Insolvenzbeschlag entzogen sind, welche aber der Verwalter mittels Anfechtung (und durch andere Maßnahmen der Massepflege) für die Masse zurückgewinnen wird. Sind die Bereinigungs- und Anreicherungsbemühungen abgeschlossen, so wird die Ist-Masse den Idealzustand der Soll-Masse erreicht haben. Dann wird die Masse (§ 35 Abs. 1 InsO), mit der Ist- und der Soll-Masse deckungsgleich sein. 965

II. Aussonderung und Aussonderungsanspruch

1. Spontane Ausgliederung aus der Masse

a) Trennung von den Abläufen des Insolvenzverfahrens

Der Insolvenzverwalter achtet bei der Erfassung des Schuldnervermögens (§§ 148 ff. InsO[2]) von sich aus darauf, ob ein Gegenstand der Masse zugehört oder nicht. Er bedient fällige Ansprüche, mit denen Gegenstände aus der Masse ausgefiltert werden, und unterläßt den Zugriff auf massefremdes Gut, schon bevor er dazu aufgefordert wird. Solche **Aussonderungsrechte** erzeugt nicht erst die Insolvenzordnung. Vielmehr handelt es sich um rechtsgeschäftliche oder sonstige Rechte aus der schon vorhandenen Rechtsbeziehung zwischen Drittem und Schuldner (§ 47 Satz 1 InsO). Die Insolvenzordnung sieht nicht einmal besondere Verfahrensregeln für die Bedienung der Rechte auf Ausscheiden der Gegenstände aus dem Massezusammenhang vor. Vielmehr verweist § 47 Satz 2 InsO ausdrücklich aus dem Insolvenzverfahren hinaus. Dies liegt daran, daß nicht die Aussonderungsberechtigten, sondern die Insolvenzgläubiger Adressaten des Insolvenzverfahrens sind. 966

Der Aussonderungsberechtigte wird in § 47 Satz 2 InsO als ein Anspruchsinhaber bezeichnet. Das rechtfertigt den Begriff des Aussonderungsgläubigers. Hinzunehmen ist eine darin liegende leichte Ungenauigkeit. Die von § 47 Satz 2 InsO herangezogenen Gesetze jenseits des Insolvenzverfahren laufen nicht immer auf einen mit Leistungsklage verfolgbaren Anspruch hinaus, sondern vermitteln manchmal nur die Möglichkeit einer Feststellungsklage zur Zuordnung des Gegenstandes ohne Schuldbeziehung. 967

2 Oben Rn. 874 ff. (§ 21).

968 Aussonderung betreibt nur ein Dritter. Wenn der Schuldner die Beschlagfreiheit eigener Gegenstände wegen Unpfändbarkeit (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO) geltend machen will, so beurteilt sich dies nicht nach §§ 47 f. InsO. Und auch das Verlangen eines Dritten gegen den Schuldner, einen insolvenzbeschlagfrei besessenen Gegenstand herauszugeben, ist keine Aussonderung, solange der Verwalter die Beschlagfreiheit zugesteht. Ausgesondert wird also beispielsweise nicht der bescheidene Kühlschrank, den der Schuldner in seiner Wohnung benutzt und der nicht ihm selbst gehört, sondern seinem Bruder. Das Recht zur Benutzung fällt nicht in die Masse, weil auch ein dem Schuldner gehörender Kühlschrank massefrei wäre (§§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, 811 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Wenn der Bruder zu gegebener Zeit den Kühlschrank zurückhaben will, nimmt er den Schuldner hierauf ganz ohne Bezug zur Insolvenzordnung und ohne Berührung mit dem Insolvenzverwalter in Anspruch. Ausgesondert wird nämlich nur, was verwertet zu werden droht, weil der Verwalter den Zugriff darauf hat oder zu nehmen sich anschickt.

969 Keinen Unterschied macht es für die Trennung der Aussonderung vom Insolvenzverfahren, ob der Gegenstand sich im Inland oder im Ausland befindet. Denn das Recht des Verfahrensstaates definiert den Umfang des Insolvenzbeschlages (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Satz 2 Buchstabe b EuInsVO), und das deutsche Insolvenzrecht (freilich die auswärtigen Insolvenzrechte ebenso) nimmt in § 35 Abs. 1 InsO fremdes Vermögen vom Zugriff aus.

b) Zuordnung des Gegenstandes

970 § 47 Satz 1 InsO führt dingliche und persönliche Rechte nur dann zur Aussonderung, wenn sie die Massefremdheit ausdrücken. Es muß sich also um Rechte handeln, die im Verhältnis des Dritten zum Schuldner eine Zuordnung des Gegenstandes zugunsten des Dritten vornehmen. Die Zuordnung muß so stark sein, daß dem Berechtigten die Verwertung im Insolvenzverfahren nicht zuzumuten ist. Die zivilrechtliche Zuordnung ist ein starkes Anzeichen für insolvenzrechtliche Zuordnung. Doch müssen alle Umstände des Falles gewürdigt werden. So ist beispielsweise ein aus dem Vermögen eines nachmaligen Gemeinschuldners abgeflossener Gegenstand nach Anfechtung der Weggabe gemäß § 129 ff. InsO nicht ohne weiteres wieder Massebestandteil. Vielmehr muß der Empfänger (Anfechtungsgegner) ihn erst noch gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Masse zurückübertragen[3]. Sollte allerdings der Anfechtungsgegner unterdessen seinerseits in Konkurs fallen, so ist dort der Gegenstand schon vor dem Rückübertragungsakt Aussonderungsgut, da er dem haftenden Vermögen des ersten Gemeinschuldners zuzurechnen ist.[4] Das heißt einerseits, daß der Gegenstand nicht schlechthin dem Dritten zugeordnet sein muß. Andererseits genügt aber auch nicht ein bloßer Lieferanspruch oder sonstiger Verschaffungsanspruch, dem erst noch ein Ausscheiden aus der Massezugehörigkeit folgen müßte. Der bloße Verschaffungsanspruch genügt auch dann nicht, wenn eine geschuldete Gegenleistung bereits erbracht ist[5].

3 Siehe unten Rn. 1015 ff.

4 BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 252/01, NJW 2004, 214, 215 f.; BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 138/06, DZWIR 2009, 119, 120.

5 Siehe auch oben Rn. 256.

Nach diesen Grundsätzen ist nicht nur aussonderungsberechtigt, wer als Eigentümer vindiziert (§ 985 BGB), sondern auch der rückgabeberechtigte Vermieter[6] unabhängig davon, ob er selbst Eigentümer ist oder ein anderer (§ 546 Abs. 1 BGB). Ein der Lieferung harrender Käufer (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) indessen ist nicht Absonderungsgläubiger, sondern Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), weil die Ware noch nicht seinem Vermögen zugeordnet ist. Sogar das aus Empfang unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB) erwachsende Anwartschaftsrecht zieht in der Insolvenz des Verkäufers noch keine Aussonderung der Ware im Ganzen nach sich. Aussondern kann der Käufer nur das Anwartschaftsrecht an der Ware selbst. Das Anwartschaftsrecht verschafft aber immerhin die in § 107 Abs. 1 InsO verankerte Gewißheit, daß der Verwalter die Entwicklung zum aussonderungsfähigen Eigentum des Käufers nicht vereiteln kann. So steht die Aussonderung der Ware schon in Aussicht. 971

Im **grenzüberschreitenden deutschen Hauptinsolvenzverfahren** (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) über das Vermögen des Verkäufers, bei der sich das Vorbehaltsgut im Ausland befindet, gewährleistet bereits die Geltung des deutschen Insolvenzrechts (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe b EuInsVO) die Entstehung des vollen Eigentums trotz des Insolvenzbeschlages. Eventuell kommt es sogar nicht einmal darauf an, weil das für den auswärtigen Belegenheitsort der Sache gemäß Internationalem Privatrecht (Art. 43 Abs. 1 EGBGB) regelmäßig geltende ausländische Privatrecht ohnehin schon den deutschen Eigentumsvorbehalt auf ein Verwertungsrecht reduziert und dem Käufer das volle Eigentum zugeordnet hatte. Die Konservierung seiner Erwerbsaussicht in Art. 7 Abs. 2 EuInsVO braucht der Käufer nur dann, wenn die Sache sich auf dem Gebiet eines Staates befindet, dessen Insolvenzrecht den Erwerb offenhält, und nun ein Hauptinsolvenzverfahren in einem anderen Mitgliedstaat, dessen Insolvenzrecht eigentlich den Erwerbsvorgang abbricht, in Gang kommt. Art. 7 Abs. 2 EuInsVO stellt sicher, daß den Käufer das auswärtige Insolvenzverfahren nicht ärger betrifft, als es ein Insolvenzverfahren des Belegenheitsstaates täte.[7] Ähnlich sichert die auf Gleichstellung mit einem inländischen Insolvenzverfahren achtende Aussonderungsgarantie des § 351 Abs. 1 Fall 1 InsO mittelbar den Abschluß des Eigentumserwerbs an einer in Deutschland belegenen und unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Sache für den Fall, daß im Ausland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, welches nach dem ausländischen Insolvenzrecht (siehe § 335 InsO) eigentlich den Erwerbsvorgang abbräche. Anders ausgedrückt bedeuten Art. 7 Abs. 2 EuInsVO und § 351 Abs. 1 Fall 1 InsO, daß der Käufer nicht befürchten muß, durch unberechenbare Regeln eines ausländischen Insolvenzverfahren über das Verkäufer-Vermögen schlechter gestellt zu werden als durch ein deutsches. 972

c) Sorgfaltspflicht des Verwalters

Obwohl Aussonderungsgut **nicht** zur Masse zählt, können den Verwalter Sorgfaltspflichten um die fraglichen Gegenstände treffen. Die Bereinigung der Masse ist ihrerseits Masseangelegenheit. Die unter den massezugehörigen Sachen des Schuldners sich befindende fremde Sache ist zwar nicht selbst massezugehörig, aber Sorge um die Trennung ist mit den Mitteln der Masse zu auszuüben. Der Verwalter übernimmt in- 973

6 Freilich darf der Vermieter nur dann den Insolvenzverwalter auf Herausgabe belangen, wenn dieser die Mietsache für die Masse verwenden will oder zumindest in Besitz genommen hat. Hieran kann die »Aussonderung« einer vom Gemeinschuldner gemieteten Wohnung scheitern. Siehe BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – IX ZR 84/07, DZWIR 2009, 118 f.

7 Diese eigentlich recht einfache und zweckmäßige Deutung von Art. 7 Abs. 2 EuInsVO ist heillos umstritten. Insbesondere besteht keine Einigkeit darüber, wieviel Raum bei der Beurteilung des Eigentumsvorbehaltes noch für das Internationale Privatrecht und danach für das örtliche Privatrecht bleibt, d.h. ob Art. 7 Abs. 2 EuInsVO eine in sich geschlossene, auch den materiell-rechtlichen Aspekt umfassende Regelung enthält. Siehe nur *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Art. 7 EuInsVO, Rn. 22 ff.

soweit die Pflichtenstellung des Schuldners. Er darf deshalb zum Beispiel nicht eine nach Ende der Miete dem Vermieter zurückzugebende Maschine einfach ungeschützt ins Freie stellen und sich selbst überlassen. Etwaige Schäden würden Ersatzansprüche als Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 InsO und außerdem als persönliche Haftung nach § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO auslösen.

2. Sofort oder nach Zeitablauf

974 Der **Zeitpunkt der Aussonderung** ergibt sich wie die Aussonderung überhaupt **aus dem fraglichen Rechtsverhältnis**. Nicht etwa löst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus sich heraus die Aussonderung aus. Vorzeitige Bedienung genießen vielmehr nur Insolvenzgläubiger (§ 41 Abs. 1 InsO). Häufig wird freilich eine aussonderungsfähige Sache ohnehin längst herauszugeben sein. Und zumeist muß der Insolvenzverwalter eine fremde Forderung nicht erst später unangetastet sein lassen, sondern er muß sich sofort der Wahrnehmung dieser Forderung enthalten.

975 In anderen Fällen aber ist zunächst der Ablauf eines Vertrages abzuwarten. Dies kann beispielsweise eine Frage der Zeit, der Menge, einer Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) oder einer Kündigung sein. Erheblichen Einfluß üben hierbei die Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO) aus. Ist nach allem das Ende des Vertrages einstweilen noch nicht erreicht, darf der Verwalter den Gegenstand noch zurückhalten und zugunsten der Masse verwenden – beispielsweise den Mietgebrauch fortsetzen oder mit Hilfe des Patentes weiter produzieren. Gleichzeitig trifft die Masse aber auch weiterhin die vom Schuldner gegenüber dem Dritten übernommene Pflichtenlast – beispielsweise regelmäßige Wartung der für längere Zeit gemieteten Maschine. Außerdem kann der Außenstehende schon bei vorläufig noch bestehendem Benutzungsrecht des Verwalters Interesse an Klärung der Rückgabe nach Ende der Berechtigung haben[8]. Weiterbenutzung von Aussonderungsgut ohne Berechtigung aus fortlaufendem Rechtsverhältnis ist eine verbreitete Praxis, die allerdings im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze findet. Nur für die Bewirtschaftung in vorläufiger Insolvenzverwaltung sieht § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO – dem Rechtsinhaber unzumutbar – die Verzögerung vor[9]. Die dort vorgesehene, eine Masseverbindlichkeit erzeugende Entschädigungsregelung wird man analog anzuwenden haben, wenn nach Eröffnung der Verwalter nicht unverzüglich das Objekt losläßt. Einer solchen Analogie bedarf es allerdings nicht, wenn das ausgelaufene Rechtsverhältnis selbst eine Entschädigungsregelung bereithält (wie z.B. § 546a Abs. 1 BGB[10] für verspätete Rückgabe der Mietsache) oder wenn die Regeln des Schuldnerverzuges (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB) den Schaden decken. Noch aus der Zeit vor Konkurseröffnung ausstehende Entschädigungsbeiträge nach § 546 a Abs. 1 BGB sind stets Insolvenzforderungen. Für die Zeit ab Eröffnung hingegen handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit, und zwar unabhängig davon, ob der Verwalter die Miet- oder Leasingsache weiterbe-

8 Dazu sogleich unter Rn. 979.

9 Siehe oben Rn. 718.

10 Beispiele: BGH, Urteil vom 21. Dezember 2006 – IX ZR 66/05, NJW 2007, 1591 ff.; betreffend Wohnraum; BGH, Urteil vom 1. März 2007 – IX ZR 81/05, NJW 2007, 1594 f., betreffend Weiterbenutzung einer Leasingsache durch den Insolvenzverwalter, der keine Vertragsfortsetzung nach § 103 Abs. 1 InsO wählte.

nutzt oder ob er schlicht der Herausgabeverpflichtung nicht nachkommt.[11] Diese zeitliche Aufteilung liegt nicht in der Zuweisung des § 108 Abs. 3 InsO begründet (dort geht es nur um noch nicht beendete Dauerschuldverhältnisse), sondern in der allgemeinen Regelung über schuldbegründendes Verwalterhandeln in § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Dagegen steht nicht, daß die Basis für eine Entschädigung aus § 546a BGB schon lange vor Eröffnung vom Schuldner und Vermieter im Mietvertrag gelegt wurde[12]. Ferner erlaubt im Zusammenhang[13] der Anfechtungsregeln § 135 Abs. 3 InsO dem Verwalter, einen von einem Gesellschafter dem Schuldner zur Nutzung überlassenen Gegenstand noch einige Zeit gegen Ausgleich weiterzuverwenden.[14]

3. Angeforderte und erzwungene Ausgliederung

a) Anspruch erheben

Überschreitet der Verwalter die Grenzen des Insolvenzbeschlages zu Lasten eines Dritten, kann der Dritte die Aussonderung anfordern. Sehr häufig wird der Aussonderungsgläubiger tatsächlich, wie in § 47 Satz 2 InsO formuliert, einen Anspruch haben, den er nun erhebt, mit dem er also die Aussonderung geltend macht im Sinne von § 47 Satz 1 InsO. 976

b) Herausgabe oder Unterlassung

Handelt es sich um **Sachen**, zielt der Anspruch auf Herausgabe – gleichviel, ob es sich um Alleinbesitz oder Mitbesitz des Verwalters, um unmittelbaren oder mittelbaren handelt. Insbesondere ist an §§ 985, 1007 Abs. 1, Abs. 2 BGB zu denken, aber auch an den Rückgabeanspruch des Vermieters (des Leasinggebers) nach § 546 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB. War der Schuldner treuhänderischer Eigentümer geworden, so zielt das Verlangen auf Rückübereignung. Hat der Insolvenzverwalter den Gegenstand noch gar nicht in seinem Besitz, sondern droht er nur sich dessen zu bemächtigen, so kann der Dritte Unterlassung einer Störung in seiner berechtigten Gewalt über die Sache begehren (namentlich nach § 1004 BGB, aber auch wegen vertraglicher oder wegen sonstwie aus bestehender Schuldbeziehung, Delikt inbegriffen, hervorgehender Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB). Meistens genügt es dann aber, eine Herausgabeklage des Verwalters abzuwarten, um dann die Aussonderung mit dem Einwand vorzunehmen, daß der Gegenstand nicht zur Masse zähle. 977

Handelt es sich um **Forderungen**, andere Rechte oder unkörperliche Gegenstände ohne Rechtsqualität (zum Beispiel Wissen), so kommt eine Herausgabe allenfalls wegen etwa vorhandener Verkörperung in Betracht. Wegen treuhänderisch vom Schuldner gehaltener Rechte erhebt der Absonderungsgläubiger einen Anspruch auf Abtretung beziehungsweise Rückabtretung (siehe z.B. §§ 384 Abs. 2 Halbsatz 2 Fall 2, 392 HGB wegen der vom Kommissionär für den Kommittenten begründeten Forderungen). Ein Unterlassungsanspruch ist auch nicht immer gegeben. Zwar kann er bei 978

11 Einschränkend hingegen BGH, NJW 2007, 1591, 1592 f.; BGH, NJW 2007, 1594, 1595: Masseverbindlichkeit nur, wenn Verwalter das Mietobjekt für die Masse in Anspruch nimmt.

12 So aber BGH, NJW 2007, 1591, 1592; BGH, NJW 2007, 1594, 1595.

13 Eigentlich unpassend, aber mit der Entwicklung aus den früheren zusammengehörigen Regeln über kapitalersetzende Darlehen und sonstige kapitalersetzende Geschäfte zu erklären.

14 Siehe auch unten Rn. 994. Die Regelung müßte bei § 47 InsO stehen.

dinglichen Rechten in analoger Anwendung von §§ 12 und 1004 BGB in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB gegeben sein. Auch können einem Vertrag oder sonst einer Schuldbeziehung vertragliche Pflichten entspringen, den Zugriff zu unterlassen. Besteht aber keine Schuldbeziehung zwischen Drittem und Schuldner, so ist nach augenblicklichem Entwicklungsstand von Rechtsprechung und Wissenschaft zweifelhaft, ob die schiere Anmaßung des Verwalters, eine Forderung oder einen unkörperlichen Gegenstand als massezugehörig zu behandeln, einen durchsetzbaren Unterlassungsanspruch hergibt. Denn überwiegend wird der Forderung die Bewehrung gegen Dritte abgesprochen[15]. Erst recht gilt dies für die (noch) nicht zu einem Recht verdichteten unkörperlichen Gegenstände.

c) Leistungsklage oder Feststellungsklage gegen den Verwalter

979 **Herausgabe-, Übertragungs- oder Unterlassungsanspruch** eröffnen eine Leistungsklage gegen den Verwalter als Partei kraft Amtes. War sie erfolgreich, kann der Absonderungsgläubiger zur Hauptsache in die Zwangsvollstreckung gegen den Verwalter gehen, ohne durch §§ 89, 90 InsO gehindert zu sein. Die Vorschriften betreffen nur die Vollstreckung in das Schuldnervermögen, dem das Aussonderungsgut gerade nicht angehört. Allenfalls in Anbetracht der aus dem Verhalten des Verwalters entstandenen Nebenforderungen, insbesondere wegen der Prozeßkosten (§§ 91, 103 Abs. 1 ZPO) oder wegen Verzugsschadensersatzes (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB), ist die Schonfrist für die Masse in § 90 Abs. 1 InsO einschlägig. Je nach den Umständen kommt auch eine vorbeugende Leistungsklage nach §§ 257, 259 ZPO in Frage. Hier ist vor allem an den Fall zu denken, daß der Dritte einstweilen noch die Benutzung eines Gegenstandes für die Masse gestatten muß, weil ein mit dem Schuldner eingegangener Vertrag noch nach der Eröffnung wirkt, er aber nach den Äußerungen des Verwalters befürchten muß, daß dieser das Vertragsende ignorieren und den Gegenstand als Massebestandteil behandeln werde. Der Dritte braucht gemäß § 259 ZPO nicht zuzuwarten, bis der Rückgabezeitpunkt herangerückt ist.

980 Wo **mangels Unterlassungsanspruchs keine Leistungsklage** möglich ist, kann der Absonderungsberechtigte gegen den Verwalter als Partei kraft Amtes gemäß § 256 Abs. 1 ZPO auf Feststellung klagen. Aber auch wo immerhin vorbeugende Leistungsklage oder sogar mit einem schon durchsetzbaren Herausgabe- oder Unterlassungsanspruch die Leistungsklage möglich wäre, steht die Feststellungsklage zur Verfügung. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus drohender Behandlung des Gegenstandes als massezugehörig. Gewöhnliche Leistungsklage hat keinen Vorrang, wenn der Streit allein um die Massezugehörigkeit geht, denn es ist zu erwarten, daß der Verwalter als redliches Organ schon auf die Feststellung hin ohne konkreten Leistungsbefehl von dem Gegenstand ablassen wird. Insbesondere aber dient Feststellungsklage der Klärung, wem eine Forderung zusteht. Die im Urteil getroffene Feststellung vollstreckt sich mit Rechtskraft von selbst. Kostenvollstreckung in die Masse hat die Schonfrist von § 90 Abs. 1 InsO zu wahren. Sollte der Verwalter eine Forderung gegen den Drittschuldner bereits gerichtlich verfolgen, stehen auch Hauptintervention des Absonderungsberechtigten (§ 64 ZPO) und Streitverkündung durch den

15 Siehe kritisch *Becker*, Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht?, AcP 1996, 439 ff., 457 ff.; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 BGB, Rn. 154 ff.

Drittschuldner (§§ 72 bis 74 ZPO) mit Parteiwechsel (§ 75 ZPO) zur Klärung des Prätendentenstreites zur Disposition.

Die **Aussonderungsklage** entspricht in ihren Wirkungen der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO, mit der der Intervenierende das Gericht zu veranlassen sucht, in die begonnene Einzelzwangsvollstreckung gestaltend einzugreifen, indem es die Zwangsvollstreckung in den fraglichen Gegenstand für unzulässig erkläre. Bei Gefahr im Verzug kann der Aussonderungsberechtigte eine einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO) erwirken und so den Verwalter an ihm vorschwebenden Maßnahmen hindern[16]. 981

III. Beispiele

1. Eigentum

Das **Eigentum** an einer Sache, welche sich zwischen den Massegegenständen **im Besitz des Verwalters** befindet oder die der Verwalter als vermeintlich massezugehörig in Besitz zu nehmen trachtet, ist der deutlichste Fall der **Aussonderung**. Der Dritte vindiziert nach § 985 BGB oder verlangt den Besitz wegen Eigentumsverletzung nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB zurück. Sind Dritter und Verwalter Mitbesitzer, so geht der Anspruch auf Aufgabe des Mitbesitzes, z.B. durch Aushändigung des zweiten Wagenschlüssels. 982

Ist der **Dritte** aber **lediglich Sicherungseigentümer**, so genießt er nicht Aus-, sondern **Absonderung** (§ 51 Nr. 1 InsO; unmittelbar im üblichen Falle einer beweglichen Sache, analog im äußerst raren Falle einer Immobilie). Wer unter einfachem Eigentumsvorbehalt lieferte (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1, 449 Abs. 1 BGB), ist zwar nicht auf die Rolle des Absonderungsgläubigers beschränkt. Denn der einfache Eigentumsvorbehalt erschöpft sich nicht in einem Verwertungsrecht, sondern ist Druckmittel zur Vertragstreue, indem er das Prinzip der Zug-um-Zug-Leistung (§§ 320, 322 BGB) wahren hilft. Doch muß der Lieferant in der Insolvenz des Käufers abwarten, welche Entscheidung der Verwalter zum Fortgang des schwebenden Geschäfts trifft (§§ 103, 107 Abs. 2 InsO). Verweigerung der Erfüllung gibt dem Verkäufer sofort das Rücktrittsrecht (§ 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB; eventuell ist das Rücktrittsrecht auch ein vertragliches) und damit (§ 449 Abs. 2 BGB) den Rücklieferungsanspruch (§ 346 Abs. 1 BGB) beziehungsweise die Vindikation. Wählt der Verwalter Erfüllung, bedarf es erst einer Störung dieser nun zur Masseschuld gewordenen (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) Abwicklung. Verlängerung oder Erweiterung des Eigentumsvorbehaltes ermöglicht nach Bezahlung der Lieferung selbst nur noch Absonderung. 983

Eine nach allem vorhandene Rückholaussicht des Vorbehaltslieferanten besteht auch in **grenzüberschreitender Käuferinsolvenz**. Ist das vom deutschen Insolvenzgericht eröffnete Verfahren über das Käufervermögen ein Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO), so erfaßt es auch das im Ausland belegene Vorbehaltsgut. Vorausgesetzt ist dabei, daß nicht das nach Internationalem Privatrecht (Art. 43 Abs. 1 EGBGB) einschlägige ausländische Privatrecht den Schwebezustand des Eigentum bereits vor dem Insolvenzverfahren beendete, indem es dem Käufer das volle Eigentum zuwies und dem Verkäufer allenfalls noch ein Verwertungsrecht beließ. Da für das deutsche Insolvenzverfahren das deutsche Insolvenzverfahrensrecht gilt (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EuInsVO), beurteilt sich auch die Aussonderungsmöglichkeit des Verkäufers nach deutschem Insolvenzrecht. Dieses kennt, wie zuvor beschrieben, die Möglichkeit des Verkäufers, seine Ware aus der Insolvenz zu bergen. Unerheblich ist, ob das Insolvenzrecht am Belegenheitsort eine Aussonderung durch den Vorbehaltslieferanten kennt. Des besonderen Schutzes in Art. 7 Abs. 1 EuInsVO bedarf der Verkäufer bei einem Insolvenzverfahren deutschen Rechts nicht. Wohl hingegen bewirkt Art. 7 Abs. 1 EuInsVO aus deutscher Sicht, daß ein auswärtiges Hauptinsolvenzverfahren, welches – je nach dem ausländischen Insolvenzrecht – dem Verkäufer die Rückholbefugnis eigentlich nähme, die in Deutschland belegene Ware keinesfalls dem Verkäufer entzieht. Gemäß Art. 7 Abs. 1 EuInsVO (desgleichen gemäß § 351 984

16 *Bäuerle*, in: *Braun*, § 47 InsO, Rn. 95; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 47 InsO, Rn. 113.

Abs. 1 Fall 1 InsO) steht mithin der Verkäufer in der Käuferinsolvenz bei ausländischem Hauptinsolvenzverfahren nicht schlechter, als er bei inländischem Verfahren stünde.[17]

985 Ist der **Schuldner** des Insolvenzverfahrens **Sicherungseigentümer** oder sonst **Treunehmer**, so sondert auch ohne echte Eigentümerstellung der Treugeber aus. Anspruchsgrundlage ist das Treuverhältnis. Im Falle des Sicherungseigentums kann er das vollumfänglich allerdings erst nach Erledigung des Sicherungszwecks tun. Bis dahin hat der Sicherungsgeber nur den Anspruch auf Unterlassen eines über das Sicherungsgeschäft hinausgehenden Zugriffs. Für die Berechtigung des Sicherungsgebers in der Insolvenz des Sicherungsnehmer spielt es keine Rolle, ob der Rückfall der Sicherheit durch auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) im Hingabegeschäft als Anwartschaftsrecht ausgestaltet ist oder bloß als eine dem Sicherungsvertrag entwachsende Pflicht. Nach Eintritt der Verwertungsreife gelingt Aussonderung nur gegen Auslösung des Sicherungsgutes.

987 **Zwei Aussonderungsgläubigern** steht der **Verwalter gegenüber**, wenn eine Sache nicht dem Schuldner, sondern einem Sicherungseigentümer gehört und überdies nicht der Schuldner, sondern ein Dritter Sicherungsgeber ist. Der Sicherungsnehmer sondert als Eigentümer aus; er ist nicht auf Absonderung nach § 51 Nr. 1 InsO beschränkt, da die Sache nicht zur Masse zählt. Der Sicherungsgeber muß andere Anspruchsgrundlagen suchen, die ihn im Verhältnis zum Schuldner besser berechtigen; sie können im Recht des Besitzes, der unerlaubten Handlung oder einer Vertragsbeziehung zu finden sein. Die Aussonderung muß beiden Berechtigten zugleich gerecht werden, das heißt der Verwalter bedient jeden Aussonderungsgläubiger nur so, wie dieser im Verhältnis zum anderen berechtigt ist.

988 In der Insolvenz des **Einkaufskommissionärs** hat der Kommittent kein Aussonderungsrecht wegen der vom Kommissionär bereits erworbenen Sachen. § 392 Abs. 2 HGB nützt ihm in unmittelbarer Anwendung nichts, weil diese Vorschrift lediglich den Lieferanspruch fiktiv bereits vor Abtretung in der Hand des Kommittenten ansiedelt. Analoge Anwendung von § 392 Abs. 2 HGB ist zu befürworten, aber umstritten[18]. Die Vertragsgestaltung kann sich mit antizi-

17 Die Deutung von Art. 7 Abs. 1 EuInsVO ist merkwürdigerweise stark umstritten. Besonders verworren ist die Diskussion um den Fall, daß sowohl das Insolvenzrecht des Verfahrensstaates als auch das Insolvenzrecht des Belegenheitsortes den Verkäufer abdrängen (Beispiele dafür sind nur so denkbar, daß weder das Hauptinsolvenzverfahren in Deutschland eröffnet wurde, noch die Vorbehaltsware in Deutschland liegt). Hier besteht eine starke Meinung, daß, trotz gewisser Bedenken, die Ware vom Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens nicht ergriffen werden könne. Allenfalls könne der Verwalter gemäß Art. 29 Buchstabe a EuInsVO ein Sekundärverfahren am Belegenheitsort auslösen, in dem dann die Ware ergriffen werde. Wenn das Sekundärverfahren aber mangels Niederlassung gemäß Art. 3 Abs. 2 EuInsVO nicht eröffnet werden könne, sei die Ware gegen jeden Zugriff immun. Vgl. nur *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Art. 7 EuInsVO, Rn. 8 ff. Eine solche Deutung geht gegen die auf gleichmäßige Gläubigerbefriedigung ohne nationale Grenzen gerichtete Intention (Erwägungsgründe 2 bis 4 zur EuInsVO) des europäischen Insolvenzrechts. Art. 7 Abs. 1 EuInsVO besagt nicht, daß die Ware unberührt bleibe, sondern nur, daß die Verkäuferrechte an der Ware unberührt bleiben. In ähnlichem Sinne *Kindler*, in: MünchKomm BGB, IntInsR Rn. 301. Deshalb darf der Verwalter des Hauptverfahrens (wenn sowohl das Insolvenzrecht des Hauptverfahrensstaates als auch dasjenige des Belegenheitstaates den Zugriff vorsehen) sehr wohl auf die Ware zugreifen, und zwar gleichviel, ob ein Sekundärverfahren eröffnet werden könnte oder nicht. Das zusätzliche Kosten verursachende Sekundärverfahren ist nur dann nötig, wenn das Insolvenzrecht des Hauptverfahrensstaates den Zugriff ausschließt, das Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates ihn aber zuläßt. Wirklich problematisch ist lediglich die Frage, ob in einem solchen Fall ausnahmsweise die Ware vom Hauptverfahren ergriffen wird, falls ein Sekundärverfahren mangels Niederlassung im Belegenheitsstaat nicht in Gang kommen kann. Es scheint gut vertretbar, in dieser besonderen Situation das Insolvenzrechts des Hauptverfahrensstaates ausnahmsweise zurücktreten zu lassen und die Ware im Hauptverfahren nach dem Insolvenzrecht des Belegenheitsstaates zu ergreifen, damit sie nicht durch geschicktes Arrangement immun gemacht werden kann. Die EuInsVO wendet sich nach ihrem Erwägungsgrund 4 ausdrücklich gegen Vorteile aus Ortsverlagerung (*forum shopping*). Siehe auch *Becker*, Mobiliarsicherheiten im Internationalen Insolvenzrecht, in: *Patti* u.a., S. 75 ff., 85 ff.

18 Vgl. *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 47 InsO, Rn. 79.

pierter Weiterübereignung an den Kommittenten (§§ 929 Satz 1, 930 BGB) oder mit Weiterübereignung durch ein – als Erfüllung der Herausgabepflicht aus § 384 Abs. 2 Halbsatz 2 Fall 2 HGB erlaubtes – Insichgeschäft des mit Vollmacht versehenen Kommissionärs (§§ 929, 930, 181 BGB) behelfen. Wegen §§ 81, 91 InsO müssen aber sowohl Übereignung als auch der Erwerb durch den Kommissionär selbst bereits vor Eröffnung perfekt sein. In der Wertpapiereinkaufskommission schützt den Auftraggeber die Sonderregelung nach § 18 Abs. 3 Depotgesetz (Eigentumsweiterleitung schon mit Absendung des Stückeverzeichnisses). Unterhält ein Zulieferer ein Lager in den Gebäuden des zu beliefernden Industrieunternehmens, aus dem die Fertigung auf Abruf pünktlich zur Montage bedient wird, so zählen dessen Bestände einstweilen zum Vermögen des Zulieferers, gleichviel ob die Lagerverwaltung dem Zulieferer oder dem Industrieunternehmen obliegt. Erst die einem empfangsbefugten Mitarbeiter des Industrieunternehmens zur Verwendung in der Fertigung aus diesem sogenannten Konsignationslager ausgehändigten Stücke stehen im Vermögen des Industrieunternehmens (vorbehaltlich der Frage eines Eigentumsvorbehaltes[19]).

2. Forderungsinhaberschaft

Der **Forderungsinhaber** kann eventuell aus bestehendem Schuldverhältnis mit dem Insolventen Unterlassung der Forderungsanmaßung fordern. Ansonsten klagt er zumindest auf Feststellung. Der Inhaberschaft steht Treugeberstellung gleich, weil dem Schuldner als Treunehmer die Forderung nur äußerlich zugeordnet ist. Eine Einschränkung muß man aber – wie beim Sicherungseigentum[20] – bei Sicherungszession an den Schuldner machen, solange der Sicherungszweck noch unerledigt ist. § 392 Abs. 2 HGB wiederum erweitert in der Insolvenz des Kommissionärs die im Treugedanken enthaltene Betonung wirtschaftlicher Zuordnung zugunsten des Kommittenten, der zuvor noch gar nichts innehatte. Das betrifft sowohl die Erlösforderung bei der Verkaufskommission als auch den Lieferanspruch in der Einkaufskommission. Wurde auf den Anspruch hin aber schon an den Kommissionär geleistet, greift § 392 Abs. 2 HGB nicht mehr unmittelbar. Bei Lieferungen wird man dem Kommittenten immerhin mit Analogie helfen können[21]. Nach Zahlungen versagt der Analogieschluß jedoch regelmäßig[22], da das Geld, wenn nicht auf einem eigens eingerichteten Treuhandkonto eingezahlt, nicht mehr von der Masse abgrenzbar ist. Einen Aussonderungsfall kennt ferner die Refinanzierung. Wenn ein Kreditinstitut ein Darlehen ausgab und dieses vom Darlehensnehmer mit Grundpfandrecht absichern ließ, so bietet es sich alternativ an, in der Refinanzierung die Darlehensforderung ihrerseits samt dem Grundpfandrecht als Sicherheit für den Refinanzierungsgeber einzusetzen oder dem Sicherungsgeber die Rechte aus dem Kreditgeschäft zu verkaufen. Hat die Abtretung nur Sicherungsfunktion, gewinnt der Refinanzierungsgeber lediglich ein Absonderungsrecht in der Insolvenz des Kreditgebers (wie auch in der Insolvenz des ursprünglichen Sicherungsgebers). Bei Abtretung von Darlehensforderung und Grundpfandrecht wegen Verkaufs indessen hat der Refinanzierungsgeber in der Insolvenz des Darlehensgebers ohne weiteres das Aussonderungsrecht (während es in der Insolvenz des ursprünglichen Sicherungsgebers bei Absonderung bleibt). Tatsächlich findet aber zur Kostenersparnis oft keine oder keine umfassende Abtretung statt. Eine Darlehensforderung allein ist bequem formlos gemäß § 398 BGB zu übertragen. Ohne weiteres folgt gemäß §§ 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB eine das Darlehen

989

19 Siehe oben Rn. 983 f.
20 Siehe zuvor Rn. 983.
21 Streitig. Siehe zuvor Rn. 988.
22 Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 7. Oktober 2003 – 27 U 81/03, ZIP 2003, 2262, 2263.

sichernde Briefhypothek. Die von § 1154 Abs. 1 Satz 1 BGB geforderte Schriftform ist kein allzugroßes Hemmnis. Eine Grundschuld folgt zwar nicht nach § 401 Abs. 1 BGB von selbst der abgetretenen Darlehensforderung; der Kreditgeber kann aber eine Briefgrundschuld gemäß §§ 1154 Abs. 1 Satz 1, 1192 Abs. 1 BGB ebenfalls schriftlich weiterreichen. Buchhypotheken und Buchgrundschulden hingegen sowie im Falle der Buchhypothek auch die gesicherte Forderung (§ 1154 Abs. 3 BGB) werden nur mit dem Aufwand von Einigung und Eintragung (§ 873 Abs. 1 BGB) bewegt. Die Kreditwirtschaft hat sich wegen größerer Klarheit der Verhältnisse weitgehend von Briefgrundpfandrechten abgewandt und bevorzugt Buchgrundschulden. In der Refinanzierung begnügt man sich mit schuldrechtlichen Absprachen, wonach das darlehengebende Kreditinstitut die Darlehensforderung nebst der Grundschuld treuhänderisch für den Refinanzierungsgeber hält. Der Verkauf von Darlehensforderung und Grundpfandrecht wird sozusagen nur halb vollzogen. Fällt nun das Kreditinstitut in Konkurs, darf man Darlehensforderung und Grundpfandrecht nicht als hinreichend von der Masse getrennt ansehen. Die Rechtsprechung läßt für eine Aussonderung eine lediglich schuldrechtliche Beschränkung der Rechtsinhaberschaft nicht genügen[23]. Es entsteht auch kein Absonderungsrecht als ein Minus gegenüber dem Aussonderungsrecht. Einen Ausweg stellt die Möglichkeit (nicht: Pflicht) für das Refinanzierung suchende Kreditinstitut und alle folgenden Glieder einer Refinanzierungskette dar, die treuhänderische Bindung in einem selbstgeführten Refinanzierungsregister gemäß § 22a KWG zu dokumentieren. In § 22j Abs. 1 KWG ist die mit einer solchen Registrierung gewährleistete Zuordnung des Treugutes zum Refinanzierungsgeber als ein Aussonderungsrecht des Refinanzierungsgebers ausdrücklich anerkannt. Diese Regelung ist insofern bemerkenswert, als die fraglichen Rechte zu keinem Zeitpunkt vom Refinanzierungsgeber innegehalten wurden oder werden[24].

990 Die **Anwartschaft aus Lebensversicherung** (§ 150 Abs. 1 VVG) oder der Anspruch auf Beitragserstattung wegen Vertragsauflösung berechtigt denjenigen zur Aussonderung, welchem der Schuldner abweichend von § 159 VVG schon ein unwiderrufliches Bezugsrecht einräumte[25]. Desgleichen berechtigt ein Vertrag des Schuldners mit unwiderruflicher Begünstigung eines Dritten (§ 328 BGB) diesen Dritten zur Aussonderung. Bei Sicherungsübertragung der streitigen Forderung an einen Vierten kann der Verwalter zwei Aussonderungsgläubiger haben[26].

991 Beim **echten Factoring** ist der Forderungskäufer (§ 453 Abs. 1 Fall 1 BGB) nach Vollzug der Zession (§ 398 BGB) in der Insolvenz des Zedenten Aussonderungsgläubiger. Dient das Factoring nur der Finanzierung (unechtes Factoring), so ist die Forderungszession nur Sicherungsabtretung mit der schwächeren Folge der Absonderung (§ 51 Nr. 1 Fall 2 InsO).

992 War eine **zedierte Forderung** (wegen Zeitfolge von Kontokorrentabrede, Zession und Entstehung oder kraft Abmachung mit Vorrang vor dem Sicherungsgeschäft) in eine laufende Rechnung eingebunden, so lief die Zession einstweilen leer. Doch genießt der Zessionar, wenn die Zession sich hierauf erstreckt, Aussonderung des Guthabensaldos bei Abschluß der Periode (falls der Saldo nicht sogleich wieder auf neue Rechnung vorgetragen wurde) oder bei Beendigung des Kontokorrents (diese eventuell durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach §§ 115, 116 Satz 1 InsO).

23 Siehe betreffend schuldrechtliche Beschränkung der Eigentümerrechte BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 – IX ZR 75/01, NZI 2003, 594 ff.

24 Betont von *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 45.

25 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 35 InsO, Rn. 58.

26 Vgl. zuvor Rn. 987.

3. Besitz und Kaution

Besserer Besitz genügt für die Aussonderung. Diesen besseren Besitz[27] macht ein Vermieter oder Leasinggeber nach § 546 BGB geltend, ein Leihgeber nach § 604 BGB, der frühere Besitzer nach § 1007 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB. Hingegen ist der Vermieter an der gewöhnlich als Sparguthaben angelegten Mietkaution (vgl. § 551 Abs. 2, Abs. 3 BGB) in der Mieterinsolvenz nur absonderungsberechtigt (§ 51 Nr. 1 InsO). In der Vermieterinsolvenz sondert der Mieter die Kaution als Sicherungsgeber aus, sobald die Kaution frei wird[28]. Vorauszusetzen ist allerdings, daß die Kaution getrennt vom übrigen Vermögen des insolventen Mieters, allenfalls vermischt mit anderen zu treuen Händen überlassenen Beträgen, angelegt ist. Fehlt diese Trennung ist der Mieter auf Konkursteilnahme als Insolvenzgläubiger verwiesen.[29] Die Aussonderungsberechtigung des Leasinggebers tritt neben die Aussonderungsberechtigung einer Bank, die dem Leasinggeber die zum Erwerb des Leasingobjektes nötigen Gelder gab (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und sich vom Leasinggeber zur Sicherheit das Eigentum am Leasingobjekt übertragen ließ. Stets ist zur Aussonderungsbefugnis des Gebrauchsüberlassenden zu fragen, ob das Ende der Gebrauchsrechts bereits erreicht ist (eventuell nach §§ 103, 109 InsO), anderenfalls nur vorbeugende Klärung erfolgt. 993

IV. Verhindern der Aussonderung

Der Verwalter kann der Aussonderung auf verschiedenste Weise entgegentreten. Insbesondere wird er, wenn der Gegenstand einmal im Schuldnervermögen war, anzweifeln, daß das auszusondernde Recht gültig aus dem Schuldnervermögen in die Hand des Aussonderung Begehrenden gelangte. Ein Weg hierzu kann die **insolvenzrechtliche Anfechtung** (§§ 129 ff. InsO) sein. Hierbei ist die Sonderregelung über **Gegenstände** erwähnenswert, welche ein **Gesellschafter** der später in Konkurs gefallenen Gesellschaft zu **Gebrauch oder Ausübung** überließ. Solche Gegenstände darf der Verwalter bis zu ein Jahr lang gegen Ausgleichsleistung aus der Masse (dies ist Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) weiternutzen (§ 135 Abs. 3 InsO). Die Regelung ähnelt der (in weiterem Umfang möglichen) vorläufigen Aussonderungssperre während des Eröffnungsverfahrens nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO.[30] Andere Wege bietet das bürgerliche Recht mit den Regeln des Rücktritts, des Widerrufes, der Anfechtung (nach § 143 Abs. 1 BGB), der Kondiktion und dergleichen mehr. 994

Einem sofort aufs Ganze gehenden Aussonderungsverlangen begegnet der Verwalter eventuell nicht mit gänzlicher Leugnung, aber immerhin mit dem Verweis darauf, daß zunächst noch eine Bedingung, eine Kündigung oder eine Frist abzuwarten sei. 995

V. Ersatzaussonderung

Ist das Aussonderungsgut nicht mehr vorhanden, so versagt zwar die Aussonderung, aber es kann ein Ersatz entstanden sein. 996

1. Verlust vor Eröffnung

Verlor sich der Aussonderungsgegenstand noch vor der Eröffnung, ist zunächst danach zu fragen, ob nach den Regeln des bürgerlichen Rechts kraft Gesetzes (zum Beispiel nach §§ 947 f. BGB) oder kraft Vertrages eine automatische Surrogation eintrat oder ob der Schuldner dem Aussonderungsgläubiger zumindest durch Rechtsgeschäft ein Ausgleichsgut verschaffte, welches nun der Aussonderung unterliegt. 997

27 Wenn denn der Insolvenzverwalter die Mietsache in Besitz nimmt oder sonst für die Masse beansprucht; siehe oben bei Rn. 971.

28 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 47 InsO, Rn. 48.

29 BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 – IX ZR 132/06, ZIP 2008, 496 f.

30 Vgl. oben Rn. 718.

998 Auch wenn der Schuldner bereits vor Eröffnung gemäß §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 24, 81 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht mehr allein zu verfügen vermochte, so konnte immer noch automatische Surrogation eintreten, gleichviel, ob der Schuldner oder der vorläufige Verwalter den Verlust des Aussonderungsgutes bewirkte. Durch ein neues Geschäft aber konnte nicht mehr der Schuldner, sondern nur der vorläufige Insolvenzverwalter Ausgleich geben. Dies ist unabhängig davon, wer das ursprüngliche Gut beseitigte.

999 Gelingt die Surrogation, so bedarf es nicht der Ersatzaussonderung gemäß § 48 InsO.

2. Verlust nach Eröffnung

1000 Nach Eröffnung können zwar sowohl der Schuldner als auch der Verwalter den Verlust des Aussonderungsgutes verursachen. Aber eine automatische Surrogation folgt wegen § 91 Abs. 1 InsO nur aus einem vom Insolvenzverwalter zu verantwortenden Geschehen[31]. Ein neues Geschäft zur Gestellung eines Ersatzaussonderungsgutes tätigt allein der Insolvenzverwalter.

3. Insolvenzforderung oder Ersatzaussonderung

1001 Wenn es nicht zu einem **Austausch des Aussonderungsgutes** kommt, kann der Außenstehende wegen des Verlustes nach den Regeln des bürgerlichen Rechts immerhin einen Anspruch auf Ausgleich haben, beispielsweise als Schadensersatz wegen Vertragsverletzung, wegen Verletzung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 989 f. BGB) oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung (z.B. aus § 816 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB wegen unberechtigter Übereignung, aus § 816 Abs. 2 BGB wegen unberechtigten Forderungseinzuges). Begründete der Schuldner mit seinem Verhalten vor Eröffnung diesen Anspruch, handelt es sich nach den allgemeinen Regeln des Insolvenzrechts um eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO). Begründete der starke vorläufige Insolvenzverwalter vor Eröffnung oder der Insolvenzverwalter nach Eröffnung den Ausgleichsanspruch, ist es eine Masseschuld (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 InsO). Der verlorene Gegenstand selbst zählte zwar nicht gemäß § 35 Abs. 1 InsO zur Masse. Doch hatte der mißglückte Umgang mit dem Objekt Bezug zur Verfahrensabwicklung – zumindest in der Vorstellung des Verwalters.

1002 An dieser Stelle greift aber die Regelung der Ersatzaussonderung in § 48 InsO ein und hebt unter Umständen den im Schuldnervermögen bei dem Verlust gewonnenen Wert, obgleich vorerst im Schuldnervermögen verblieben, auf die Ebene der Aussonderung kraft besserer Vermögenszuordnung zum Inhaber des ursprünglichen Aussonderungsgutes. Im Falle des Verlustes aufgrund Handelns des vorläufigen (starken oder schwachen) Insolvenzverwalters greift der zu enge Wortlaut von § 48 InsO zwar nicht direkt, wohl aber in analoger Anwendung ein[32].

1003 Weitester Raum ist den von § 48 InsO aufgestellten Merkmalen der Veräußerung und der Gegenleistung zu geben. Sie umfassen jeden Verlust, durch den der Wert des Objektes zugunsten der (künftigen oder wegen Eröffnung schon bestehenden) Masse in einen anderen Wert umgesetzt wird, also irgendein neuer Wert in der Masse an seine entleerte Stelle außerhalb der Masse tritt. Wirksamkeit der Maßnahme ist nicht vorausgesetzt[33]. Dies schließt den Verkauf (Gegenwert ist die Kaufpreisforderung), den Verbrauch bei einer Werkleistung (Gegenwert ist der Werklohnanspruch) und den unberechtigten Forderungseinzug (der neue Wert ist die empfangene Leistung)[34] ebenso ein wie Erleiden von Enteignung[35] (neuer Wert ist der falsch dem Schuldner zugewiesene Entschädigungsanspruch) oder Erleiden der Zwangsvollstreckung[36] (der neue Wert ist hier allerdings nach Bedienung des Vollstreckungsgläubigers nur ein falsch dem Schuldner zugeordneter Erlösüberschuß), die Vergabe eines Darlehens aus auszusondern-

31 Vgl. oben Rn. 902 ff.
32 Siehe *Bäuerle*, in: *Braun*, § 48 InsO, Rn. 18.
33 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 48 InsO, Rn. 8.
34 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 48 InsO, Rn. 9, 13.
35 *Bäuerle*, in: *Braun*, § 48 InsO, Rn. 4; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 48 InsO, Rn. 11.
36 *Bäuerle*, in: *Braun*, § 48 InsO, Rn. 4; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 48 InsO, Rn. 11.

dem Geld (der neue Wert ist der Tilgungs- und Verzinsungsanspruch)[37], das Einbringen in eine Gesellschaft (Gegenwert ist der der Einlage entsprechende Anteil an Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben) den Diebstahl mit Versicherungsschutz (Gegenwert ist die Versicherungsleistung) oder die Zerstörung mit fälschlich dem Schuldnervermögen zugeordnetem Ersatzanspruch gegen einen Schädiger[38]. Stets genießt der Außenstehende Ersatzaussonderung des mit dem Ereignis erlangten Anspruchs oder der auf diesen Anspruch hin erzielten und noch unterscheidbar vorhandenen Leistung. Geld, das der Schuldner oder der Verwalter aus einem Anspruch erlangt, der an Stelle des ursprünglichen Objektes trat, ist freilich nicht mehr in der Masse unterscheidbar – es sei denn, es gehe auf einem Sonderkonto ein. Die Aussonderung muß deshalb regelmäßig schon am Geldanspruch ansetzen. Der Gegenstand der Ersatzaussonderung ist seinerseits austauschbar.

Kein ersatzaussonderungsfähiger Gegenwert entsteht, wenn das fremde Geld zur schlichten Tilgung von Schulden des Schuldners verwendet wird. Wo alles in allem keine Ersatzaussonderung geschieht, bleibt es beim gewöhnlichen Ausgleich durch Bedienung des aus der unberechtigten Maßnahme zwischen Schuldner oder Verwalter und Aussonderungsberechtigten entstandenen zivilrechtlichen Anspruchs als Insolvenz- oder Massegläubiger. Unbeschadet von Verneinung oder Bejahung der Ersatzaussonderung bleibt etwaige persönliche Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters (§§ 60, 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO) oder des Insolvenzverwalters (§§ 60, 61 InsO) wegen des Verlusts des Objektes. Unberührt bleiben auch die vom Fehlverhalten ausgelösten Ersatzansprüche bürgerlichen Rechts, beispielsweise wegen Vertragsverletzung, Eigentumsbeeinträchtigung oder ungerechtfertigter Bereicherung[39]. Ersatzaussonderung verstärkt Ersatzansprüche[40]; sie verdrängt sie aber nicht, sondern wirkt allenfalls in die Schadensberechnung zurück. 1004

37 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 48 InsO, Rn. 13.

38 Umstritten. Nach anderer Meinung bleibt es bei dem unmittelbar in der Hand des Aussonderungsgläubigers entstehenden Ersatzanspruch. Siehe *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 48 InsO, Rn. 11.

39 Siehe oben Rn. 1001.

40 *Ganter*, NZI 2005, 1, 2 ff.

§ 23 Zurückholen abgeflossenen Vermögens

Literatur: Siehe zunächst oben vor Rn. 575, vor Rn. 589 und vor Rn. 598. Ferner: *Ahrendt/Struck*, Kein Anfechtungsrecht des Verwalters bei Masseunzulänglichkeit?, ZInsO 2000, 264 ff.; *Biehl*, Wesen und Wirkung der Insolvenzanfechtung nach neuem Recht, KTS 1999, 313 ff.; *Biehl/Bograkos*, Insolvenzanfechtung in masseunzulänglichen Verfahren. Zum Verständnis der »Benachteiligung der Insolvenzgläubiger«, DZWIR 2002, 139 ff.; *Bierbach*, Wettlauf der Gläubiger um den Insolvenzgerichtsstand – Anfechtungsbefugnisse des Insolvenzverwalters nach Art. 18 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO, ZIP 2008, 2203 ff.; *Busch*, Der Insolvenzverwalter und die Überwindung der Massearmut, 2005; *Eckardt*, Aspekte einer »Vorteilsanrechnung« im Anfechtungsrecht, ZInsO 2004, 888 ff.; *Eckardt*, Anfechtung und Aussonderung – Zur Haftungspriorität des Insolvenzanfechtungsanspruchs im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Anfechtungsgegners, KTS 2005, 15 ff.; *Fuchs*, Die Anfechtungsbefugnis des Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren nach der Änderung des § 313 Abs. 2 Satz 3 InsO durch das InsO-Änderungsgesetz 2001, ZInsO 2002, 358 ff.; *Gaul*, Sicherung der Gläubiger- und Insolvenzanfechtung durch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes – zugleich ein Beitrag zur vollstreckungsrechtlichen Durchsetzung des Anfechtungsrechts, KTS 2007, 133 ff.; *Gerhardt/Kreft*, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung – InsO, KO, GesO, AnfG –, 10. Aufl., 2006; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Der Auskunftsanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Anfechtungsgegner, DStR 2002, 1910 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Insolvenzanfechtung nach Anzeige einer nicht kostendeckenden Masse durch den Insolvenzverwalter, NZI 2004, 184 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrechtlicher Rückabwicklungsschutz nach unerkannter Störung des Leistungsaustauschs?, KTS 2002, 603 ff.; *M. Huber*, Die Abwicklung gegenseitiger Verträge nach der Insolvenzordnung, NZI 1998, 97 ff.; *Kling*, Rechtsmißbräuchlicher pauschaler Widerspruch des Insolvenzverwalters im Lastschrifteinzugsverfahren, DZWIR 2004, 54 ff.; *Koss*, Zur Wirkung der Insolvenzanfechtung nach der Insolvenzrechtsreform, 2001; *Kranemann*, Insolvenzanfechtung im deutschen Internationalen Insolvenzrecht und nach der Europäischen Insolvenzrechtsverordnung, 2002; *Kühnemund*, Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Prozeßhandlungen des Insolvenzschuldners nach der InsO, 1998; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl., 2001; *Mauer*, Der Anfechtungsprozeß: Gläubigeranfechtung und Konkursanfechtung nach altem und neuem Insolvenzrecht, 2000; *Oberhammer*, Zur internationalen Anfechtungsbefugnis des Sekundärverwalters nach Europäischem Insolvenzrecht, KTS 2008, 271 ff.; *Paulus*, Anfechtungsklagen in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, ZInsO 2006, 295 ff.; *Raschke*, Funktionen und Abgrenzung des Bargeschäftstatbestandes in § 142 InsO, 1999; *Viertelhausen*, Steueransprüche in der Insolvenzanfechtung, InVo 2004, 345 ff.; *von Wiedersperg*, Die besondere Anfechtung in der Insolvenz, 2001.

I. Masseanreicherung mit verschiedenen Mitteln

1. Ausbau der Ist-Masse

1005 Um einen größtmöglichen Fonds für die Bedienung der Gläubiger zu erzeugen, versucht der Insolvenzverwalter nach Kräften, die Masse anzureichern. Dies gehört zur Entwicklung der sogenannten Soll-Masse aus der Ist-Masse (beide Begriffe kennt das Gesetz freilich nicht).[1] Die Masseanreicherung hilft, die Gefahr einer Einstellung wegen Massearmut (§§ 207 ff. InsO) zu bannen. Schon die Aussicht auf sie war bei der Entscheidung zwischen Eröffnung und Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) zu berücksichtigen. Masseanreicherung ist aber nicht auf den Kampf gegen Massearmut beschränkt. Auch Masse, die die Masseschulden deckt, muß nach besten Kräften vergrößert werden, um die Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) auf ein möglichst hohes Niveau zu bringen. Erst im – un-

1 Siehe bereits oben Rn. 965.

wahrscheinlichen – Fall gänzlicher Erfüllung der Insolvenzforderungen können Bemühungen um (weitere) Anreicherung unterbleiben.

2. Wege der Masseanreicherung

1006 Die **Masseanreicherung** geschieht **auf verschiedenen Wegen.** Der Verwalter nimmt die bürgerlich-rechtlichen Wege einschließlich der prozessualen Möglichkeiten (alte Verfahren nach § 85 InsO aufnehmend, neue beginnend) wahr, um ausstehende Leistungen einzuholen, Erstattungen auszulösen und Lasten abzuschütteln[2]. Gegebenenfalls muß er dabei die Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO)[3] beachten und nutzen[4]. Er verfolgt kraftlose Verfügungen des Schuldners und sonstige Vermögensabflüsse und Fehlleitungen aus der Zeit, in der dem Schuldner die Verfügungsgewalt entzogen war und ist (§§ 81, 88 f., 91, 21, 24 InsO)[5]. Zur Masseanreicherung zählt auch die gebündelte Inanspruchnahme dritter Personen, welche allen Insolvenzgläubigern zugleich haften (§§ 92 f., 334 Abs. 1 InsO); doch ist dieses Mittel wegen abweichender Zielsetzung getrennt zu betrachten[6].

1007 Insbesondere aber nutzt der Verwalter die Anfechtungsregeln (§§ 129 ff. InsO). Der Treuhänder im Kleinverfahren kann das allerdings erst nach besonderer Beauftragung gemäß § 313 Abs. 2 Satz 3 Fall 1 InsO tun. Denn dort haben im Grundsatz die Insolvenzgläubiger das Anfechtungsrecht (§ 313 Abs. 2 Satz 1 InsO). Einer besonderen Beauftragung durch die Gläubigerversammlung bedarf der Insolvenzgläubiger nicht. Doch kann die Gläubigerversammlung, wenn niemand allein vorzugehen wagt, einen Insolvenzgläubiger besonders beauftragen und ihm damit das Kostenrisiko abnehmen (§ 313 Abs. 2 Satz 3 Fall 2, Satz 4 InsO). Das Prädikat »effizient« darf die Regelung nicht für sich beanspruchen. Die Insolvenzgläubiger müssen sich erst vom Treuhänder ins Bild setzen lassen. Dafür ist wesentlich stärkerer Informationsaustausch notwendig, als ihn die üblichen und erst mit fortschreitendem Insolvenzverfahren zu erteilenden Verwalter-Berichte[7] mit sich bringen, noch dazu, wo im Kleininsolvenzverfahren der Berichtstermin gewöhnlich entfällt (§ 312 Abs. 1 Satz 2 InsO).

1008 Dasselbe Problem tut sich bei der zuvor erwähnten Möglichkeit auf, daß die Gläubigerversammlung den Treuhänder mit der Anfechtung betrauten (§ 313 Abs. 2 Satz 3 Fall 1 InsO): Der Treuhänder wird regelmäßig den besseren Einblick in die bisherige Entwicklung des Schuldnervermögens haben. Hinweise einzelner Gläubiger stärken seine Erkenntnismöglichkeiten. Hinderlich ist aber auch hier, daß der Berichtstermin im Kleinverfahren nicht routinemäßig anberaumt wird (§ 312 Abs. 1 Satz 2 InsO entgegen § 29 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Dieses Defizit läßt sich jedoch mit besonderer Veranlassung einer Gläubigerversammlung (§ 75 Abs. 1 InsO) oder durch schriftlichen Informationsaustausch beheben.

2 Siehe oben Rn. 899 ff. Zur Rückbuchung von Lastschriften oben Rn. 901.

3 Siehe unten Rn. 1077 ff. (§ 25).

4 Siehe unten Rn. 1087 ff. Vgl. oben Rn. 661.

5 Siehe oben Rn. 698 ff. und 718, Rn. 895 f. und 910 ff.

6 Unten Rn. 1056 ff. (§ 24). Allerdings entsteht eine Verbindung zwischen §§ 129 ff. InsO und § 93 InsO, wenn ein persönlich haftender Gesellschafter anfechtbar einen Gläubiger der Gesellschaft befriedigt. Im Konkurs der Gesellschaft fordert der Verwalter in weiter Anwendung des § 93 InsO die Leistung vom Empfänger zurück, weil keinen Unterschied machen soll, ob der Dritte aus Gesellschafts- oder Gesellschaftervermögen befriedigt wurde. Fällt freilich auch der Gesellschafter in Konkurs, nimmt der über dessen Vermögen eingesetzte Verwalter die Anfechtung wahr. Siehe BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 138/06, DZWIR 2009, 119, 120 f.

7 Siehe oben Rn. 932 ff.

1009 Bei **Eigenverwaltung** ist die Verfolgung abgeflossenen Vermögens mittels Anfechtung Angelegenheit des Sachwalters (§ 280 Fall 2 InsO), ohne daß die Gläubigerversammlung dies erst bestimmen müßte.

3. Masseanreicherung zur Überwindung von Massearmut

1010 Anfechtung und sonstige Masseanreicherung ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil bislang das Schuldnervermögen mangels Deckung der Masseschulden keine wenigstens stückweise Befriedigung der Insolvenzgläubiger verspricht. Die Masseanreicherung dient nicht nur der Vergrößerung von Verteilungsmasse, **sondern** auch schon der Erzeugung einer solchen. Es kann also gerade die Anfechtung oder die anderweitige Masseanreicherung sein, die die Massearmut überwindet. Sollte allerdings auch die Anfechtung das Vermögen nicht auf einen Umfang bringen, der über schiere Kostendeckung hinausgeht, so verbietet sich die Anfechtung. Anfechtung zweifelhafter Geschäfte ist kein Selbstzweck, sondern dient dem Verfahrensziel gleichmäßiger Bedienung der Insolvenzgläubiger. Scheitert diese auf jeden Fall an Massearmut, bedarf es keiner Durchbrechung von Vermögensverschiebungen. Anfechtung dient nicht hilfsweise der Deckung der Verfahrenskosten[8]. Ebensowenig dient sie der Deckung anderer Masseschulden – auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß der Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit (§ 211 Abs. 1 InsO) gemäß § 209 InsO ein Konkurs im Konkurs voraufgeht, worin die Massegläubiger ähnlich den Insolvenzgläubigern um Befriedigung kämpfen, welche nach Anfechtung vielleicht höhere Aussichten hätte[9]. Man erkennt an der Regelung zur Anfechtungsbefugnis im Kleinverfahren, daß das Gesetz nicht die Massegläubiger als Nutznießer der Anfechtung ansieht. Nach § 313 Abs. 2 Satz 1 InsO sind anstelle des Treuhänders allein die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), nicht hingegen die Massegläubiger (§ 53 InsO) zur Anfechtung berufen. Umgekehrt unterbleibt Anfechtung in dem (praktisch ausgeschlossenen) Fall, daß schon die vorhandene Masse sämtliche Schulden deckt.

1011 Unbenommen bleibt, wenn nach Ablehnung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens (wieder) die Einzelvollstreckung frei genutzt werden kann, Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz. Entsprechendes gilt für die anderen Wege zur Vergrößerung der Masse, welche unbeschritten bleiben, wenn sie nicht zu einer Verteilungsmasse führen. In die Prognose müssen freilich alle Anreicherungswege zugleich eingestellt werden. Eine Ausnahme macht nur die Inanspruchnahme Dritter, die allen Insolvenzgläubigern haften (§§ 92 f. InsO) und auf die noch gesondert einzugehen ist[10].

4. Grenzüberschreitende Masseanreicherung

1012 Wie zur Masseerfassung überhaupt reicht der Arm des Verwalters auch zur **Masseanreicherung über die Staatsgrenzen.** Der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) reichert die Masse im Ausland ebenso an wie im Inland (Art. 18 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO). Es gelten die **Regeln** seines **Heimatinsolvenzrechts** (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe c EuInsVO). Freilich darf der Verwalter sich bei der Ausübung des Zugriffs nicht über örtliches

8 *Häsemeyer*, KTS 2002, 603, 610 ff. Hingegen nimmt BGH, Urteil vom 19. Juli 2001 – IX ZR 36/99, ZIP 2001, 1641, 1643 f., an, Anfechtung dürfe zur Eigenfinanzierung des abzubrechenden Insolvenzverfahrens eingesetzt werden.

9 So aber *Ahrendt/Struck*, ZInsO 2000, 264 ff.

10 Unten Rn. 1056 ff. (§ 24).

Recht hinwegsetzen (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 EuInsVO)[11]. Und hinsichtlich der Anfechtung wird sogar örtliches Insolvenzverfahrensrecht beigezogen. Zwar gilt im grenzüberschreitenden Verfahren wie auch sonst grundsätzlich das Insolvenzverfahrensrecht des Hauptverfahrensstaates (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe m EuInsVO). Doch schützt Art. 13 EuInsVO das Vertrauen eines Anfechtungsgegners auf die Unanfechtbarkeit des Geschäfts in einem Insolvenzverfahren, welches gemäß den Regeln desjenigen Mitgliedstaates geführt würde, nach dessen Recht die zweifelhafte Rechtshandlung selbst sich beurteilt. Anders ausgedrückt bleibt ein nach der einschlägigen Rechtsordnung unanfechtbares Geschäft auch dann unanfechtbar, wenn es nach der von außen hereinragenden Insolvenzrechtsordnung anfechtbar wäre. Der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens fordert zudem die vorab an einen Gläubiger gegangene Befriedigung zurück (Art. 20 Abs. 1 EuInsVO). Der Verwalter eines deutschen Territorialverfahrens kann immerhin Vermögensverschiebungen ins Ausland geltend machen (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO), namentlich mittels Anfechtung (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO); auch dies steht im Rahmen des ausländischen Rechtssystems (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 EuInsVO).

5. Handlungsdruck

Keinen der Wege zur Masseanreicherung ist der Verwalter zu beschreiten gezwungen. Sein Amt gibt ihm die Befugnis zu Rücktritten, Kündigungen, Anfechtungen und so fort. Aber es schreibt ihm die Benutzung dieser Anreicherungsinstrumente nicht vor und setzt auch keine Rangfolge für sie. Mittelbar entsteht freilich Zwang zur Nutzung des jeweils wirksamsten Mittels aus der Haftpflicht des Verwalters (§ 60 InsO). 1013

II. Abläufe der Anfechtung

Die in §§ 129 ff. InsO behandelten Anfechtungsfälle traten überwiegend (Ausnahme: § 147 InsO) im Vorfeld des Insolvenzverfahrens bereits auf[12]. Im inzwischen eröffneten Verfahren geht es um die Folgerungen aus der Anfechtbarkeit einer in den Anfechtungsvorschriften sogenannten Rechtshandlung. Diese bestimmen §§ 143 ff. InsO. Gleichzeitig können je nach Art und Abwicklungsstand der Rechtshandlung die Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO)[13] einschlägig sein[14]. 1014

1. Völlige Rückgewähr

a) Wiedereingliederung in die Masse

Anders als bei Einzelvollstreckung, wo die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz lediglich zur Duldung der Verwertung führt (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG), folgt aus Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO vollkommene Rückgewähr zur Masse (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO). Wenn in der Insolvenz einer Gesellschaft der Verwalter die Bedienung eines von dritter Seite gewährten und von einem Gesellschafter gesicherten Darlehens anficht (§ 135 Abs. 2 InsO), so trifft die Rückgewährpflicht als eine Erstattungspflicht den Gesellschafter (§ 143 Abs. 3 InsO). Das zurückzuholende Objekt soll dem Verwalter in jeder Hinsicht zur Bewirtschaftung zur Verfügung stehen. Verwertung ist nur ein Ausschnitt davon, wenngleich ein wichtiger. Der Wunsch nach Bewirtschaftung des Zurückzuholenden, namentlich in Sanierungsbemühungen, trägt das Anfechtungsverlangen ebenso. Der Anfechtende braucht sich dem Gegner zu dem Zweck der Rückforderung nicht zu erklären. In vielen Fällen wird es sich um 1015

11 Vgl. oben Rn. 882.
12 Zu den Anfechtungsfällen siehe bereits oben Rn. 593, 601 ff., 617 f., 620 ff.; ferner Rn. 926.
13 Siehe unten Rn. 1077 ff. (§ 25).
14 Vgl. oben Rn. 661 und unten Rn. 1028 ff.

unmittelbar die Handlungsmöglichkeiten des Verwalters in Bewirtschaftung und Gläubigerbefriedigung stärkendes Geld handeln.

1016 Die inhaltlich vollkommene Rückgewähr ist auch eine dem Umfang nach vollkommene. Anfechtung behebt nicht etwa lediglich den gläubigerbenachteiligenden Anteil einer Leistung oder eines Geschäftes. Es gibt keine Teilanfechtung einer Rechtshandlung (sondern nur die selektive Anfechtung einzelner von mehreren Rechtshandlungen). Anfechtung löst völlige Rückgewähr aus, nicht nur Rückgewähr des zum Nachteil Überschießenden.[15] Von unzulässiger Teilanfechtung ist die zulässige selektive Anfechtung einzelner von mehreren anfechtbaren Rechtshandlungen zu unterscheiden. Die Auswahl wird der Verwalter (im Kleinverfahren gemäß § 313 Abs. 2 Satz 1 InsO ein Insolvenzgläubiger) je nach Grad der Gewißheit, ob der Anfechtungstatbestand erfüllt sei, und nach Nützlichkeit sowie Realisierbarkeit der Folgen treffen.

b) Rückgewähranspruch

1017 Anders als die Anfechtung bürgerlichen Rechts (§ 142 Abs. 1 BGB) gestaltet die Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO die anzugreifende Rechtslage nicht um, sondern ist Geltendmachen eines mit Eröffnung erwachsenen Anspruchs[16]. Die Anfechtungstatbestände enthalten die Voraussetzungen, unter denen bei Eröffnung zwar nicht automatisch alles abgeflossene Vermögen wieder der Masse einverleibt wird, aber rückforderbar ist. Es bedarf (anders als im Falle der Anfechtung bürgerlichen Rechts nach § 143 Abs. 1 BGB) nicht erst noch einer Erklärung des Verwalters (oder nach § 313 Abs. 2 Satz 1 InsO eines Gläubigers) um die Ansprüche zu begründen. Deswegen ist in § 146 InsO auch von Verjährung die Rede. Der in § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO zugunsten der Masse begründete Anspruch auf Rückgewähr ist eigenständig. Es handelt sich weder um Kondiktion noch um Schadensersatz. Der Anspruch benötigt keine zusätzliche Begründung in den Regeln des bürgerlichen Rechts. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, daß je nach den Umständen zugleich ein bürgerlich-rechtlicher Erstattungsanspruch besteht – beispielsweise wegen Rücktritts oder aus unerlaubter Handlung.

1018 Die **beanspruchte Rückgewähr** besteht je nach dem, was angefochten ist, in Rückgabe, Rückübereignung, Rückabtretung, Vertragsaufhebung oder sonstiger Aufgabe einer Position. Insbesondere muß, wenn eine Leistung angefochten wird, Rückleistung stattfinden. Denn es ist allgemeine Meinung, daß der Verlust der mit Leistungsempfang erworbenen Rechtsstellung nicht von selbst eintritt. Wer beispielsweise als Käufer anfechtbar das Eigentum an vom Schuldner gelieferter Ware erlangte, muß die Ware in Umkehrung des Pflichtenprogramms aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückgeben und gemäß § 929 Satz 1 BGB zurückübereignen. Weniger deutlich ist die Situation, wenn eine Verpflichtung angefochten wird. Doch wird man auch hier annehmen müssen, daß es nicht schon mit dem Anfechtungsbegehren sein Bewenden hat. Die angegriffene Verpflichtung muß noch im Zusammenwirken mit dem Anfechtungsgegner gesondert beseitigt werden, namentlich durch Aufhebungsvertrag. War eine Aufrechnungslage (oder eine Verrechnungslage im Kontokorrent) anfechtbar herbei-

15 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 143 InsO, Rn. 17.

16 Eintritt der Folgen von Anfechtbarkeit mit Eröffnung zeigt BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – IX ZR 270/03, DZWIR 2005, 121, 122. Siehe über die Rechtsnatur der Anfechtung *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 129 InsO, Rn. 6 ff.

geführt worden und ist deswegen eine noch vor Konkurseröffnung gemäß §§ 387 f. BGB erklärte Aufrechnung in weiter Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO[17] insolvenzrechtlich unwirksam, so bestehen die zivilrechtlich erloschenen Forderungen für das Insolvenzverfahren fort[18]. Sie brauchen nicht durch eine Vereinbarung wiederhergestellt zu werden.

c) Haftung des Rückgewährpflichtigen

Der **Rückgewährverpflichtete** haftet wie ein bösgläubig ungerechtfertigt Bereicherter (§§ 291 f. BGB mit den dortigen Verweisungen ins Recht des Schuldnerverzuges und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, erreicht über §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB mit § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO). Namentlich muß der Anfechtungsgegner gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen wegen der Verknüpfung von §§ 987, 292 Abs. 2, 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB und 143 Abs. 1 Satz 2 InsO (Gleichsetzung des anfechtungsrechtlichen Erstattungsanspruchs mit Kondiktion beim Bösgläubigen mit Rechtsfolgenverweisung in § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO) herausgeben. Im Falle von Geldleistungen ergibt sich hieraus ein Zinsanspruch; daneben steht die ab Konkurseröffnung zu berechnende Verzinsung nach §§ 291, 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB, 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, so als ob eine Zahlungsklage rechtshängig sei.[19] Auf Bereicherung stellt auch die an § 818 Abs. 3 BGB angelehnte Rückgabepflicht des Empfängers unentgeltlicher Zuwendung ab (§ 143 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Haftungsausdehnung in § 143 Abs. 2 Satz 2 InsO bei Bösgläubigkeit entspricht der Unbeachtlichkeit des Entreicherungseinwandes nach § 818 Abs. 4 BGB. Die Anfechtung gegen einen Einzelrechtsnachfolger des Anfechtungsgegners ist ebenfalls teilweise (§ 145 Abs. 2 Nr. 3 InsO) dem Recht der Kondiktion (§ 822 BGB) nachgebildet. Daneben bestehen eigentümliche Rückgewährpflichten von informierten oder nahestehenden Nachfolgern gemäß § 145 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO. Nur klarstellende Bedeutung hat die Beschreibung eines Gesamtrechtsnachfolgers, insbesondere eines Erben oder einer Erbengemeinschaft (§ 1922 Abs. 1 BGB), als Ersatzanfechtungsgegners in § 145 Abs. 1 InsO. 1019

d) Pflicht eines anfechtenden Gläubigers

Wenn im **Kleinverfahren** der Insolvenzgläubiger die Anfechtung betreibt, muß er das Erlangte in die Masse abführen. Das ergibt sich aus der Verknüpfung von § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO mit § 313 Abs. 2 Satz 1 InsO).[20] 1020

e) Verjährung

Der Anfechtungsanspruch unterliegt regelmäßiger dreijähriger Verjährung ab Ende des Jahres der Eröffnung (§§ 194 Abs. 1, 195, 199 Abs. 1 BGB, 146 Abs. 1 InsO).[21] Indem § 146 Abs. 1 InsO auf die Regelverjährung des Bürgerlichen Gesetzbuches verweist, ist Ansatzpunkt nach § 199 Abs. 1 BGB die Entstehung des Erstattungsanspruchs (nebst Fälligkeit). Der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch entsteht nicht schon bei Verrichten der benachteiligenden Rechtshandlung, andererseits auch nicht erst mit dem Rückforderungsverlangen des Verwalters, 1021

17 Siehe oben Rn. 606, 626.
18 BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 – IX ZR 120/04, ZIP 2007, 1467, 1468.
19 Beispiel: BGH, Urteil vom 1. Februar 2007 – IX ZR 96/04, ZInsO 2007, 261, 262 f.
20 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 313 InsO, Rn. 75.
21 *Kreft*, in: HeidKomm, § 146 InsO, Rn. 2, 11.

sondern mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens[22]. Mit dem Jahresende läßt dann § 199 Abs. 1 BGB die Verjährungsfrist anlaufen, sofern dem Verwalter der Anspruch bekannt ist oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb; anderenfalls muß noch das spätere Jahr des Erkennens oder grober Fahrlässigkeit verstreichen. Äußerstenfalls gilt die zehnjährige Höchstfrist gemäß § 199 Abs. 4 BGB.

Auch nach der Verjährung hat der Verwalter ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 146 Abs. 2 InsO). Ähnliches kennt das bürgerliche Recht (§ 215 Fall 2 BGB; siehe auch § 438 Abs. 4 Satz 2 BGB für die Kaufpreispflicht bei Quasi-Verjährung des Rücktritts wegen Mangels). In großzügiger Interpretation erstreckt sich die Verjährungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO auch auf die Durchsetzung einer zur Masse gehörigen Forderung, gegen die noch vor der Eröffnung anfechtbar herbeigeführte und genutzte Gelegenheit zur Aufrechnung oder zur Verrechnung im Kontokorrent[23]. Den Verwalter nötigt dies, innerhalb der Frist die für das Insolvenzverfahren als fortbestehend geltende Forderung gegen den Gläubiger gerichtlich geltend zu machen.[24]

2. Klage

1022 Kommt der Adressat des Anfechtungsanspruchs dem Rückforderungsverlangen des Insolvenzverwalters nicht aus freien Stücken nach, muß er mit einer Klage des Verwalters im gewöhnlichen Erkenntnisverfahren (§§ 253 ff. ZPO) oder, falls es sich um eine Geldrückforderung handelt, mit einem Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) rechnen. Der Verwalter tritt hierbei als Partei kraft Amtes (vgl. § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO) auf. Die Kosten des Verfahrens sind (unbeschadet der Abwälzung auf den Gegner im Erfolgsfalle nach § 91 ZPO) Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Die Rechtstreitigkeit um Rückgewähr wegen insolvenzrechtlicher Anfechtung[25] fällt auch dann nach § 13 GVG als bürgerliche in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, wenn die dem auszugleichenden Leistungsabfluß zugrundeliegende Rechtsbeziehung keine bürgerlich-rechtliche war[26]. Hingegen bleibt es bei dem von der Materie her sich anbietenden Rechtsweg, wenn der Insolvenzverwalter Klage aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnis führen will, weil eine anfechtbare Anspruchsschmälerung, beispielsweise eine Aufrechnung[27], insolvenzrechtlich unwirksam ist.[28] War über einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch schon vor Eröffnung ein Zivilprozeß in Gang gekommen und sodann unterbrochen worden (§ 240 Satz 2 ZPO), so kann der Verwalter diesen Prozeß nicht nur aufnehmen (§ 85 Abs. 1 InsO), sondern auch in einen Anfechtungsprozeß umwandeln[29]. Das geschieht ohne Klageänderung (§ 264 Nr. 1 oder Nr. 3 ZPO). Den Insolvenzverwalter trifft die Last, die (angeblich) an-

22 *Kreft*, in: HeidKomm, § 129 InsO, Rn. 79.

23 Vgl. oben Rn. 606, 626, 1018; wegen Gleichbehandlung von Aufrechnung und Verrechnung unten Rn. 1170.

24 Siehe BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 – IX ZR 120/04, ZIP 2007, 1467, 1468.

25 Anders als eventuell ein Rechtsstreit um Rückgewähr wegen Anfechtung in Einzelzwangsvollstreckung. So sieht § 191 AO einen Duldungsbescheid des Finanzamtes gegen den anfechtbar Erwerbenden vor, um dessen Richtigkeit vor dem Finanzgericht zu streiten ist (Beispiel: BGH, Beschluß vom 27. Juli 2006 – IX ZB 141/05, ZInsO 2006, 870 f.).

26 BGH, Beschluß vom 2. Juni 2005 – IX ZB 235/04, ZInsO 2005, 707, 708; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 143 InsO, Rn. 69 f. Anders BAG, Beschluß vom 27. Februar 2008 – 5 AZB 43/07, NZI 2008, 549, betreffend Rückforderung von Arbeitsentgelt den Weg zu den Arbeitsgerichten eröffnet sehend, da auch die Rückforderung wegen Anfechtung Streit aus dem Arbeitsverhältnis sei. Deswegen Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe gemäß BGH, Beschluß vom 2. April 2009 – IX ZB 182/08, NJW 2009, 1968 ff.

27 Siehe oben Rn. 606, 626, 1021.

28 BGH, ZInsO 2005, 707 f.

29 BGH, Urteil vom 9. Dezember 1999 – IX ZR 102/97, ZIP 2000, 238.

fechtbar vom Schuldner erfüllten Verbindlichkeiten nach ihren Fälligkeiten und die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners substantiiert darzulegen.[30] Der anfechtende Insolvenzverwalter trägt die Beweislast für die subjektiven Merkmale beim Schuldner und beim Anfechtungsgegner[31], soweit ihm nicht gesetzliche Vermutungen (so in §§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 Satz 2 InsO) zu Hilfe kommen.

Der Insolvenzverwalter übernimmt auch einen vor dem Insolvenzverfahren bereits von einem Vollstreckungsgläubiger begonnenen Anfechtungsprozeß (§ 16 Abs. 1 Satz 1 AnfG). Der Prozeß erlitt mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Unterbrechung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG). Der Verwalter nimmt ihn auf (§ 17 Abs. 1 Satz 2 AnfG). Die gesetzliche Parteiauswechslung ist in weitherziger Auslegung von § 264 ZPO als Nicht-Klageänderung anzusehen. 1023

Erhebt im **Kleinverfahren** ein Insolvenzgläubiger aus eigenem Antrieb (§ 313 Abs. 2 Satz 1 InsO) Klage zur Durchsetzung der Anfechtung, so handelt er in gesetzlicher Prozeßstandschaft[32]. Klagt der Insolvenzgläubiger aufgrund besonderer Betrauung (§ 313 Abs. 2 Satz 3 Fall 2 InsO), so tritt er in Prozeßstandschaft für die Masse auf. Diese Prozeßstandschaft, wird man nicht als gesetzliche, sondern als gewillkürte zu bezeichnen haben, da sie auf der Entschließung der Gläubigerversammlung beruht. 1024

3. Einwand

Anfechtung ist nicht nur als Anspruch nutzbar. Sie kann auch einredeweise angeführt werden. So kann der Verwalter mit dem Anfechtungseinwand eine Aussonderungsklage (§§ 47 f. InsO) entkräften. Auch einem Absonderungsbegehren (§§ 49 ff. InsO) kann der Anfechtungseinwand begegnen. Des weiteren ist es möglich, mit Anfechtung die Aufrechnung eines Insolvenzgläubigers (§§ 387 f. BGB, 94 InsO) zu unterlaufen (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Eine angemeldete Insolvenzforderung kann der Verwalter auch mit dem Widerspruch im Prüfungstermin zu Fall bringen (§ 178 Abs. 1 Satz 1 InsO). 1025

4. Entschädigung eines Insolvenzgläubigers im Kleinverfahren für seine Einsatzbereitschaft

Nahm es im Kleinverfahren ein Insolvenzgläubiger auf sich, die Anfechtung auszuüben und durchzusetzen (§ 313 Abs. 2 Satz 1 InsO), so genießt er bei Erfolg Kostenausgleich aus dem Zurückgeholten (§ 313 Abs. 2 Satz 2 InsO), das heißt aus der Masse mit Obergrenze beim Wert des Rückflusses. Bei Mißerfolg bleiben die Kosten an ihm hängen. Sofern die Gläubigerversammlung einen Insolvenzgläubiger zusätzlich zur gesetzlichen Befugnis besonders mit der Anfechtung betraute (§ 313 Abs. 2 Satz 4 InsO), darf er sich, wenn der Rückfluß zu schwach ist, als Massegläubiger unbegrenzt an das Schuldnervermögen halten. Diesen Ausgleich erfährt der eigens beauftragte Insolvenzgläubiger sogar dann, wenn die Anfechtungsbemühungen mißlingen. 1026

Die Kostenregelungen in § 313 Abs. 2 InsO gelten sowohl für eine Anfechtung ohne Zivilprozeß als auch bei einer Anfechtungsklage. Sie stehen ohne Vorrang oder Nachrang neben einer Kostenverteilung nach §§ 91 ff. ZPO. 1027

30 BGH, Beschluß vom 12. Juli 2007 – IX ZR 210/04, ZInsO 2007, 1046, betreffend Anfechtung nach § 131 InsO.

31 Siehe betreffend Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nach § 133 Abs. 1 InsO BGH, Urteil vom 10. Januar 2008 – IX ZR 33/07, DZWIR 2008, 336, 337, mit Anm. *Zeuner*, DZWIR 2008, 337 f.

32 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 313 InsO, Rn. 79.

5. Bekräftigtes schwebendes Geschäft

1028 Unterfällt die anfechtbare Rechtshandlung zugleich den Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO)[33], sind bei der Anfechtung Widersprüchlichkeiten zu vermeiden.

1029 Soweit von Gesetzes wegen schwebende Geschäfte abgebrochen werden, können deren restliche Wirkungen mit Anfechtung umgekehrt werden. Wenn beispielsweise in einem Fixgeschäft nach § 104 Abs. 1 InsO (ohne Wahlmöglichkeit für den Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 1 InsO) an die Stelle der ordentlichen Durchführung Schadensersatz wegen Nichterfüllung (Schadensersatz stattder Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 oder 283 Satz 1 BGB) tritt, kann Anfechtung auch diesen Ausgleich noch dem Vertragspartner nehmen. Desgleichen können nach Erlöschen (§§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO) eines vom Schuldner als Geschäftsherrn eingegangenen Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 Abs. 1 BGB) die verbleibenden masseschädlichen Wirkungen mit Anfechtung beseitigt werden. Der Geschäftsbesorger verliert dann seinen ihm als Insolvenzgläubiger zustehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Vergütungsausfalls oder auf bereits erdiente Teilvergütung, und schon empfangene Vergütung muß er erstatten. Der insolvenzfest eingerichtete Erwerb beweglicher Sachen aus dem Schuldnervermögen unter Eigentumsvorbehalt (§§ 449, 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB, 107 Abs. 1 Satz 1 InsO) kann anfechtbar sein. Die zeitliche Beschränkung einer Vorauszession von Arbeitseinkünften nach § 114 InsO, welche Volumen für die Abtretung an den Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO) wahren hilft, läßt Anfechtung der Abtretung insgesamt unberührt.

1030 Auch soweit das Gesetz Rechtsbeziehungen ohne Wahl aufrechterhält, bleibt Anfechtung unbenommen. So besteht zwar gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO das Mietverhältnis über die vom Schuldner genutzten Räume nach Eröffnung zu Lasten der Masse weiter. Doch kann der Verwalter es nicht nur durch ordentliche Kündigung (§ 542 Abs. 1 BGB) auflösen, sondern auch mittels Anfechtung[34]. Kündigung beseitigt nur die Masseschuld für die Zeit nach dem Auslauftermin. Anfechtung hingegen beseitigt sowohl die Masseschuld für die Zeit nach der Eröffnung als auch die Insolvenzforderung für die Zeit davor (§ 108 Abs. 2 InsO), und außerdem holt der Verwalter bereits gezahlten Mietzins zurück. Unterläßt der Verwalter freilich vorerst die Anfechtung und läßt er auch den ersten sich ihm bietenden ordentlichen Kündigungstermin verstreichen, so wäre es treuwidrig, anschließend anzufechten. Anfechtung ist nur dann noch später möglich, wenn der Verwalter bei Verstreichenlassen eines Kündigungstermins um die Anfechtbarkeit oder die Anfechtbarkeit begründenden Umstände noch nicht wußte. Das ist etwa dann der Fall, wenn das Geschäft in einen unverdächtigen Zeitraum rückdatiert war oder der Verwalter den Kenntnisstand des Anfechtungsgegners bei dem Geschäft nicht richtig zu rekonstruieren vermag. Sobald der Verwalter die Anfechtbarkeit des Geschäfts oder die Umstände erkennt, muß er die Entwicklung weiterer Massebelastung aus dem Geschäft zum nächstmöglichen Zeitpunkt unterbinden, wenn ihm jemals an Anfechtung gelegen sein sollte. Grundsätzlich steht es zwar dem Anfechtenden frei, die Verjährungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO auszuschöpfen. Doch gebieten es die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB), nicht beim Gegner zunächst den Eindruck zu erwecken, das Geschäft solle unangetastet bleiben, um es dann doch mit Anfechtung zu zerstören. Der Gedanke ist demjenigen ähnlich, welcher die Anfechtung der zu Masseverbindlichkeiten erhobenen Geschäfte (§ 55 Abs. 2 InsO) des starken vorläufigen Insolvenzverwalters ausschließt[35]. Das Recht zu einer späteren ordentlichen Kündigung wird von diesen Überlegungen nicht beschnitten.

1031 Der Schutz des Geschäftspartners vor Anfechtung nach Umwandlung des Geschäfts in ein Massegeschäft betrifft aber nur ebenden zum Massegeschäft gewordenen Teil der Rechtsbeziehung. Der auf der Ebene der Insolvenzforderung abzuwickelnde Teil vor der Eröffnung (§ 108 Abs. 2 InsO) bleibt stets anfechtbar.

33 Siehe oben Rn. 661 und unten Rn. 1077 ff. (§ 25).
34 *M. Huber*, NZI 1998, 97, 102.
35 Siehe oben Rn. 623, Rn. 735.

Ebenfalls mit Rücksicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB), kann der Verwalter eine ihm zur Wahl stehende (§ 103 Abs. 1 InsO) und im Bewußtsein der Anfechtbarkeit gefällte Entscheidung für die Durchführung eines schwebenden Geschäfts nicht nachträglich durch Anfechtung unterlaufen[36]. Es sei denn, er hatte die Anfechtbarkeit oder die sie begründenden Umstände nicht erkannt. Wiederum wäre es ein in sich widersprüchliches Verhalten, zunächst ein Geschäft auf die bevorzugte Ebene der Masseverbindlichkeit zu heben, um es danach zu vernichten. 1032

Umgekehrt beseitigt der Verwalter mit seinem **Rückgewährverlangen** nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht sogleich seine Wahlmöglichkeit aus § 103 Abs. 1 InsO. Denn weder die Verfahrenseröffnung noch das Rückgewährverlangen vernichtet (wie es die Anfechtung bürgerlichen Rechts gemäß § 142 Abs. 1 BGB tut) die fragliche Rechtslage. Eine Anspruchsbeziehung existiert vorerst noch, wenngleich die Eröffnung sie gelähmt hat (und zwar erstens als schwebendes Geschäft nach § 103 InsO und zweitens als zweifelhaft nach § 129 ff. InsO). Der Verwalter kann sein Begehren noch auf Erfüllungsverlangen umstellen. Erst die Bedienung des Anfechtungsanspruchs oder das zuvor vom Gegner erteilte Einverständnis mit einer Rückabwicklung hat – je nach Weg der Rückabwicklung und zufolge notwendiger Auslegung nach §§ 133, 157 BGB – umgestaltende Wirkung. Auch kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) dem Verwalter ab einem gewissen Zeitpunkt (je nach bisheriger Intensität des Rückabwicklungsbegehrens und Fortschritt seiner Bedienung) die Abkehr von der Anfechtung und Hinwendung zum Erfüllungsverlangen versperrt sein. 1033

Lehnt der Verwalter bei einem **schwebenden Geschäft** die Vertragserfüllung ab (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO), so kann er diesen Schutz der Masse noch mit Anfechtung bekräftigen. Ebenfalls nicht das letzte Wort ist, daß nach **Erfüllungswahl** (§ 103 Abs. 1 InsO) der Anspruch des Geschäftspartners auf Gegenleistung für schon dem Schuldner erbrachte Teilleistung auf eine Insolvenzforderung reduziert ist (§ 105 Satz 1 InsO). Vielmehr bleibt auch insoweit gänzliche Entkräftung mittels Anfechtung ohne Wertungswiderspruch vorbehalten. Nur der mit Erfüllungswahl als Masseschuld eingerichtete Teil der Gegenleistungspflicht ist der Anfechtung entzogen. 1034

Ficht der Verwalter eine frühere im **Gegenseitigkeitsbezug** stehende Leistung des Schuldners an, so eröffnet dies dem Verwalter nicht die Wahlmöglichkeit des § 103 Abs. 1 InsO. Es kann zwar sein, daß der Gegner seinerseits noch nicht leistete oder gemäß § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO seine Leistung (ohne Zerstörung des Geschäftes im Ganzen) zurückgewinnt[37] und so in Verbindung mit der aus Anfechtung folgenden Rückgewähr (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO) das Geschäft im Nachhinein ein unerledigtes, das heißt ein wieder in den Schwebezustand zurückversetztes Geschäft[38] ist. Auch kann man diese nachträgliche Nichterfüllung, so wie es § 103 Abs. 1 InsO voraussetzt, als auf die Zeit vor der Eröffnung zurückführend betrachten[39]. Doch legt sich der Verwalter mit der Anfechtung endgültig auf Zerstörung des Leistungsflusses fest. Die Wahl ist auf Nichterfüllung reduziert. Allenfalls schließt der Verwalter für und gegen die Masse ein ähnliches neues Geschäft mit dem Anfechtungsgegner. 1035

36 Vgl. *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 132 InsO, Rn. 12, § 143 InsO, Rn. 16, der nach Erfüllungswahl Anfechtung damit ausschließt, daß es keinen Widerruf des Erfüllungsverlangens gibt. Siehe auch *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 7.131, mit dem Argument, daß die mit Erfüllungswahl zur Masseschuld gewordene Verbindlichkeit als Ergebnis eigener Rechtshandlung des Verwalters keine Anfechtung kennt.

37 Siehe sogleich Rn. 1036 ff.

38 Zum Wiederaufleben des Anspruchs des Anfechtungsgegners mit der Rückgewähr siehe unten Rn. 1037 f.

39 Vgl. wegen Wiederauflebens der Forderung nach § 144 Abs. 1 InsO unten Rn. 1037.

6. Erstattung eines Zuflusses an den Anfechtungsgegner

a) Keine Überbegünstigung der Masse

1036 Die Rückforderung des anfechtbar Verlorenen soll die Masse nicht reicher machen, als sie ohne das anfechtbare Geschäft wäre. Floß dem Schuldnervermögen im Zusammenhang mit der anfechtbaren Handlung etwas zu, so muß die Masse diesen Zufluß ihrerseits aufgeben. Im Ergebnis soll die Masse nicht schlechter, aber auch nicht besser stehen, als wenn die angreifbare Rechtshandlung unterblieben wäre. Die Regelungen hierzu trifft § 144 InsO. Nur auf den ersten Blick unterscheidet § 144 InsO zwischen Geschäften auf Gegenseitigkeit und anderen anfechtbaren Rechtshandlungen. Zwar spricht allein § 144 Abs. 2 InsO von einer Gegenleistung. Aber auch § 144 Abs. 1 InsO, wo von einer Gegenleistung keine Rede ist, kann eine Leistung mit Gegenseitigkeitsbezug betreffen. Die Abgrenzung der beiden Vorschriften muß man vielmehr dergestalt vornehmen, daß § 144 Abs. 1 InsO lediglich die Anfechtung der zum Anfechtungsgegner geflossenen Leistung betrifft und § 144 Abs. 2 InsO auch die Anfechtung der Verpflichtung selbst, freilich in der Tat beschränkt auf Verpflichtungen mit Gegenseitigkeitsbezug. Viele Fälle wechselseitiger Leistung werden freilich schon als sogenannte Bargeschäfte gemäß § 142 InsO[40] ohnehin anfechtungsfrei sein.

b) Aufleben eines Anspruchs

1037 Wenn § 144 Abs. 1 InsO von der Anfechtung der Leistung ausgeht, so betrifft dies vor allem die Fälle, daß die Erzeugung der Leistungspflicht unanfechtbar ist, der Verwalter also ausschließlich die Leistung selbst, den Vollzug der Leistungspflicht, anzufechten vermag[41]. Darüber hinaus ist die Vorschrift aber nach hier vertretener Auffassung auch dann anwendbar, wenn der Verwalter sich bei Anfechtbarkeit von Erfüllung und Verpflichtung auf die Anfechtung der Erfüllung beschränkt[42]. Denn die Anfechtbarkeit eines Geschäfts bedeutet noch nicht, daß der Verwalter es auch wirklich zerstören muß[43]. Vielmehr wird er die Anfechtung nur nach Einschätzung der Folgen ausüben. Verpflichtung und Erfüllung sind, auch wenn in einem Zuge getätigt, verschiedene Geschäfte, so daß die Trennung in der Anfechtung keine unzulässige Teilanfechtung[44] darstellt.

1038 Gemäß § 144 Abs. 1 InsO gewinnt der Anfechtungsgegner mit Rückgewähr der Leistung seine Forderung darauf wieder zurück. Die Forderung war gemäß § 362 Abs. 1 BGB (oder § 364 Abs. 1 BGB oder § 389 BGB) mit Erfüllung (oder Leistung an Erfüllungs Statt oder Aufrechnung) erloschen. Sie lebt mit der Rückgewähr (nicht schon mit dem Anfechtungsbegehren) wieder auf. Der Gegner ist insoweit Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO)[45], weil sich das Aufleben fiktiv im Zeitpunkt der angefochtenen Leistung, mithin vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abspielt[46].

40 Oben Rn. 654 ff.
41 *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 144 InsO, Rn. 2; *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 144 InsO, Rn. 1.
42 Anders *Foerste*, Rn. 340 f., der allein § 144 Abs. 2 InsO auf die Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts bezieht.
43 Siehe oben Rn. 1013, 1016.
44 Siehe oben Rn. 1016.
45 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 9.
46 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 8; *Riggert*, in: *Braun*, § 144 InsO, Rn. 3.

Gab es zu dem Anspruch Sicherheiten aus dem Schuldnervermögen, leben diese mit auf[47]. Handelt es sich um Sachsicherheit aus dem Schuldnervermögen (und kann oder will der Verwalter diese nicht anfechten) ist der Gegner sogar Absonderungsberechtigter[48]. 1039

Vor Verjährung des wiedererstandenen Erfüllungsanspruchs ist der Gegner auf verschiedene Weise geschützt. Zum einen war die ursprüngliche Leistung formloses Anerkenntnis gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, welche die Verjährung neu beginnen ließ. Zum anderen kann er mit Anmeldung zur Tabelle für Hemmung sorgen (§ 204 Abs. 1 Nr. 10 Fall 1 BGB). Erwogen wird außerdem Hemmung wegen höherer Gewalt[49] oder Hemmung ohne besondere tatbestandliche Anknüpfung[50]. 1040

c) Erstattung einer Gegenleistung

Die **Erstattung der Gegenleistung** nach § 144 Abs. 2 InsO findet **unstreitig** dann statt, wenn das der Leistung zugrundeliegende beiderseits verpflichtende Geschäft angefochten ist[51]. Konsensfähig ist auch die Auffassung, daß die Erstattungsregelung in § 144 Abs. 2 InsO nur dann eingreift, wenn das Schuldverhältnis gerade infolge Anfechtung gelöst wird[52]. Daher ergeben sich nicht aus § 144 Abs. 2 InsO die Folgen nach Ablehnung der Erfüllung eines schwebenden Geschäfts (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO)[53]. 1041

aa) Erstattung auch bei Anfechtung nur der Leistung?

Problematisch ist aber die verbreitete Ansicht, daß § 144 Abs. 2 InsO auch nicht den Fall betreffe, daß lediglich die Leistung angefochten ist[54]. Dieser Fall kann sowohl dann eintreten, wenn das zweiseitige Verpflichtungsgeschäft unanfechtbar war, als auch dann, wenn es zwar anfechtbar war, der Anfechtende sich aber auf die Durchbrechung der Leistung beschränkt. In behutsamer Ausweitung gibt es die Auffassung, daß jedenfalls dann § 144 Abs. 2 InsO auch die Anfechtung der Erfüllung allein betrifft, wenn der Anfechtungsgegner seine Leistung nicht schon vor dem anfechtbaren Empfang der Schuldner-Leistung erbracht hatte, sondern nachher oder frühestens Zug um Zug[55]. Hierin steckt eine Überlegung zur Risikozuweisung. Wer vorleistet, übernimmt prinzipiell das Risiko, ob die Gegenleistung wohl komme. Der anfechtbare Empfang einer Gegenleistung kann dann das Risiko nicht aufheben und Rückschaffung des ins Schuldnervermögen Vorgeleisteten und hier noch unterscheidbar Vorhandenen gemäß § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO auslösen. Umgekehrt ist vom Risiko befreit, wer sich keines Risikos versah, da er selbst bereits vom Schuldner empfing oder zumindest gleichzeitig empfängt. 1042

Der Ansatz mit einer Risikoverteilung ist als Differenzierung der strikten Begrenzung von § 144 Abs. 2 InsO auf die Anfechtung der Verpflichtung begrüßenswert. Doch entscheidet meiner Ansicht nach nicht diese Risikobeschreibung. Denn sie versagt bei § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO, wenn also die Leistung ins Schuldnervermögen nicht mehr abgegrenzt sichtbar ist und keine Bereicherung übrig blieb. Dort ist im Prinzip die Stellung des Rückforderungsberechtigten als eines Insolvenzgläubigers (§ 38 InsO) nicht günstiger als die des Erfüllung verlangenden Insolvenzgläubigers, der die vom Schuldner erlangte Befriedigung gemäß § 144 Abs. 1 InsO aufgeben muß (allenfalls die Höhe des Risikos unterscheidet sich je nach dem Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung). Auch kann es Fälle geben, in denen sich der Anfechtungs- 1043

47 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 144 InsO, Rn. 7.
48 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 144 InsO, Rn. 7.
49 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 8.
50 *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 144 InsO, Rn. 5; *Riggert*, in: *Braun*, § 144 InsO, Rn. 4.
51 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 144 InsO, Rn. 9; *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 13; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 144 InsO, Rn. 8; *Riggert*, in: *Braun*, § 144 InsO, Rn. 6.
52 Siehe zum Beispiel *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 13. Siehe aber auch unten Rn. 1045.
53 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 13.
54 Z.B. *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 13; *Riggert*, in: *Braun*, § 144 InsO, Rn. 6.
55 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 144, Rn. 9.

gegner der Vorleistung nicht entziehen konnte. Die Risikozuweisung müßte dann bereits in den Augenblick der Gestaltung des Verpflichtungsgeschäfts vorverlagert werden. Dort ist es aber noch weniger als für den Zeitpunkt seiner Gegenleistung zu sagen möglich, daß dem späteren Anfechtungsgegner generell die Anfechtungslage als Teil des Vorleistungsrisikos bekannt oder erkennbar wäre.

1044 Entscheidend ist vielmehr der Ergebnisvergleich zwischen Anfechtung oder Anfechtbarkeit nur der Erfüllung und Anfechtbarkeit auch des Verpflichtungsgeschäfts. Schlösse man die Anfechtung nur der Erfüllung aus dem Tatbestand von § 144 Abs. 2 InsO aus, so stünde derjenige Anfechtungsgegner, welcher aufgrund anfechtbarer und tatsächlich angefochtener Verpflichtung etwas aus dem Schuldnervermögen empfing, wegen der grundsätzlichen Möglichkeit vollkommener Erstattung der eigenen Leistung (§ 144 Abs. 2 Satz 1 InsO) besser da als derjenige, dessen Anspruch auf die anfechtbar empfangene Leistung unanzweifelbar war oder zumindest nicht mittels Anfechtung angetastet wurde und der allein die nach § 144 Abs. 1 InsO wiederaufgelebte Forderung als Insolvenzgläubiger genösse. Diese Besserstellung ist nicht nachvollziehbar. Auch Anfechtung nur der Leistung muß das Recht auf Rückgabe der Gegenleistung vermitteln. Es steht auch nicht etwa der Wortlaut von § 144 Abs. 2 InsO gegen den Fall der Anfechtung allein der Leistung ohne Anfechtung der Verpflichtung.

bb) Erstattung nach Rücktritt oder Kündigung wegen Anfechtung?

1045 Überdies kann § 144 Abs. 2 InsO nach meiner Meinung dann ebenfalls angewandt werden, wenn nach Anfechtung nur der Schuldner-Leistung der Anfechtungsgegner das Geschäft mit den Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts (insbesondere Rücktritt oder Kündigung) auflöst. § 144 Abs. 2 InsO betrifft zwar nur die Rückabwicklung infolge Anfechtung[56]. Doch sollte man hierin die von insolvenzrechtlicher Anfechtung ausgelöste bürgerlichrechtliche Gestaltung einschließen. Indem der Verwalter die Leistung aus dem Schuldnervermögen zurückfordert, wird er vertragsuntreu. Das berechtigt den Anfechtungsgegner nachträglich zum fristlosen Rücktritt nach § 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB oder zur Kündigung ohne Abhilfefrist nach §§ 314 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder nach ähnlichen Sondervorschriften (z.B. für Miete § 543 BGB). Diese Gestaltung ist nicht denkbar ohne die Anfechtung. Mittelbar beseitigt die Anfechtung das Verpflichtungsgeschäft.

cc) Wiederaufleben der Forderung oder Erstattung

1046 Selbstverständlich ist, daß der Anfechtungsgegner nicht kumulativ Wiederaufleben seiner Gegenforderung (§ 144 Abs. 1 InsO) und Erstattung seiner Gegenleistung (§ 144 Abs. 2 InsO) genießt, sondern nur eines von beidem. Die Wahl liegt bei ihm.

dd) Feststellung von Gegenseitigkeit

1047 Ob Leistungen aus dem und in das Schuldnervermögen in **Gegenseitigkeitszusammenhang** stehen, ist nicht zu engherzig zu beurteilen. § 144 Abs. 2 InsO erfaßt zwar vor allem die Hauptleistungen einer entgeltlichen Leistungsbeziehung. Aber es fallen weitergehend auch alle sonstigen Leistungen, die der Anfechtungsgegner aufgrund des Geschäfts dem Schuldner zum Ausgleich für seine Leistungsbereitschaft zuwandte, unter § 144 Abs. 2 InsO[57] – etwa die zusätzliche Vergütung von Auslagen, die der Schuldner wegen des fraglichen Geschäfts hatte.

1048 Nicht der Rückforderung als Gegenleistungen unterliegen günstige Fernwirkungen im Schuldnervermögen, welche die Schuldner-Leistung auslöste. Beispielsweise kann der Anfechtungsgegner nicht aus der Masse zurückholen, was er mit (für sich genommen unangefochtenen) Folgegeschäften dem Schuldner zuwandte, nachdem ihn das später angefochtene Geschäft zur Vertiefung der Geschäftsbeziehung motiviert hatte. Um so weniger ist die bloße Geneigtheit zum Schuldnerunternehmen (*good will*) als Gegenleistung rückforderbar.

ee) Unterscheidbarkeit des Leistungsobjektes oder Bereicherung

1049 Als Folge für die vom Anfechtungsgegner erbrachte Gegenleistung sieht § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO zunächst die **Erstattung** vor. Sie muß in Natur aus der Masse folgen,

56 Siehe zuvor Rn. 1041.

57 *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 144 InsO, Rn. 9; *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 144 InsO, Rn. 10.

wenn sie dort noch unterscheidbar vorhanden ist (§ 144 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 InsO). Es handelt sich um eine Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Geld ist in der Regel nicht mehr unterscheidbar vorhanden. Eine Ausnahme macht das Sonderkonto, welches allein die Zahlung des Anfechtungsgegners aufnahm. Surrogate für das in die Masse Geflossene können die Unterscheidbarkeit fortsetzen[58]. Dabei ist der Kreis der Surrogate weiter zu ziehen als in § 818 Abs. 1 Fall 2 BGB, wo Herausgabe rechtsgeschäftlicher Surrogate ausgeschlossen ist und hierfür nur Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB folgt. Nutzungen sind in Analogie zu § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB mitzuerstatten[59].

Fehlt es an Unterscheidbarkeit, so kann immer noch wegen Bereicherung der Masse 1050
nach § 144 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 InsO eine Erstattung auf das Ganze, wiederum samt den Nutzungen, notwendig sein. Der Anspruch geht auf den Wert und ist Masseforderung nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO[60]. Beide Fälle von § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO verhindern die Überkompensation der Gläubigerbenachteiligung (siehe § 129 InsO) durch eine Anfechtung. Es findet keine Saldierung der aus der Anfechtung wechselseitig sich ergebenden Rückgewähransprüche in Anlehnung an die Saldierung bei der bürgerlich-rechtlichen Kondiktion[61] statt[62]. Gleichartige Positionen können aber aufgerechnet werden; § 96 Abs. 1 InsO steht dem nicht entgegen, weil eine Forderung der Masse und eine Masseverbindlichkeit aufeinanderstoßen und § 96 Abs. 1 InsO nur einen Insolvenzgläubiger betrifft.[63] Im Einzelfall kann außerdem vor der Aufrechnung schon der auf § 242 BGB gestützte Einwand unzulässiger Rechtsausübung bestehen. Es ist aber nicht generell unangebracht, zu fordern, wenn man seinerseits gleichartig verpflichtet ist[64]. Nicht Aufrechenbarkeit gibt generell einen Einwand (§ 770 Abs. 2 BGB ist nicht verallgemeinerbar), sondern erst die Aufrechnung selbst. Unabhängig von Aufrechenbarkeit hat jede Seite ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB[65]. Dieses Zurückbehaltungsrecht tritt der Rückforderung aus getrennt betrachtetem Gegenrückforderungsanspruch gegenüber. Nicht wird die Rückforderung von vornherein mit der Gegenforderung belastet, wie es die Saldotheorie des Bereicherungsrechts sogar bei verschiedenartigen Kondiktionsgegenständen tut[66].

Soweit die Masse jedoch den Zufluß nicht mehr unterscheidbar vorhält und außerdem 1051
entreichert ist, beschränkt die Rückforderung des Anfechtungsgegners sich jedoch auf eine Position als Insolvenzgläubiger (§ 144 Abs. 2 Satz 2 InsO) – obgleich die Rückforderung erst nach Eröffnung entsteht. Diese Regelung schneidet weniger tief ein als der Entreicherungseinwand nach § 818 Abs. 3 BGB, der eine Kondiktion gänzlich abschneidet (wobei das Entreicherungsrisiko freilich durch die zunächst stattfindende Saldierung stark gemildert ist). Der Anfechtungsgegner erhält trotz Entreicherung immerhin in Höhe der Konkursquote seine Gegenleistung zurück.

58 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 17.
59 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 17.
60 *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann*, § 144 InsO, Rn. 10.
61 Vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1963 – VII ZR 229/62, NJW 1963, 1870 f.
62 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 16.
63 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 16, 18.
64 Für generellen Einwand *Riggert*, in: *Braun*, § 144 InsO, Rn. 15; *Zeuner*, in: *Smid*, Kommentar, § 144 InsO, Rn. 7.
65 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 18.
66 Siehe BGH, Urteil vom 24. Juni 1963 – VII ZR 229/62, NJW 1963, 1870 f.

Die Anspruchsgrundlage wird man in § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO selbst erblicken dürfen[67].

1052 Aber auch daneben eventuell eingreifende Anspruchsgrundlagen aus bürgerlichem Recht werden durch § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO auf die Ebene der Insolvenzforderung im Sinne von §§ 38, 174 ff. InsO gestellt. Das betrifft zum Beispiel die Rückforderung gemäß § 346 Abs. 1 BGB, welche aus dem Rücktritt des Anfechtungsgegners nach Anfechtung (nur) der Schuldner-Leistung (§ 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB)[68] hervorgeht.

1053 Ist die Unterscheidbarkeit oder die Bereicherung der Masse nur zum Teil fortgefallen, fordert der Anfechtungsgegner seine Gegenleistung teils als Massegläubiger gemäß § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO), teils als Insolvenzgläubiger gemäß § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO zurück[69].

d) Folgenabschätzung

1054 Wie auch immer man die Tatbestände von § 144 Abs. 1 InsO und § 144 Abs. 2 InsO gegeneinander abzugrenzen hat, muß der Verwalter (oder im Kleinverfahren der Gläubiger) sehr wohl überlegen, ob er anficht oder nicht. Auch wenn Anfechtung von vornherein nur nachteilige Geschäfte betrifft (§ 129 InsO), kann Anfechtung wegen eines Rückgewähranspruchs des Gegners der Masse mehr Schaden als Nutzen stiften. Wesentlich für die Folgenabschätzung ist die **Befriedigungsquote** für Insolvenzgläubiger.

1055 Nach Angriff gegen die Bedienung eines Gesellschafterdarlehens (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)[70] lebt die Forderung des Gesellschafters aus dem Geschäft nach § 144 Abs. 1 InsO nur mit Nachrang auf (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)[71]. Damit ist den gewöhnlichen Insolvenzgläubigern bereits gedient. Den übrigen nachrangigen Gläubiger hilft die Beseitigung des fraglichen Geschäfts bereits an der Wurzel (nach § 132 oder § 133 InsO). Ist nun hiernach das Gesellschaftergeschäft vollkommen zerstört, fragt sich aber, ob denn der nach § 144 Abs. 2 InsO nötige Bereicherungsausgleich für eine vom Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen erbrachte Leistung (Überlassung des Darlehenskapitals[72]) nicht dem Sinn der Regeln über Gesellschafterdarlehen[73] widerspricht. Es bietet sich an, den Bereicherungsausgleich gänzlich fortfallen zu lassen, das Gesellschafter-Fremdkapital[74] wie echtes Eigenkapital zu behandeln und den Gesellschafter auf die Auskehr erst eines nach allem verbleibenden Restes (§ 199 Satz 2 InsO) zu verweisen. Bei dem Gesellschafterdarlehen betrifft diese Restriktion nicht nur die zeitlich begrenzte Nutzungsmöglichkeit als die eigentlich der Verzinsung gegenüberstehende Leistung, sondern auch den Kapitalbetrag selbst, dessen Auszahlung an die Gesellschaft nach dem angefochtenen Darlehensvertrag niemals eine Leistung auf immer hätte darstellen sollen.

67 In diesem Sinne *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 144 InsO, Rn. 14; *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 19; *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 695.

68 Näher oben Rn. 1045.

69 *Kirchhof*, in: MünchKomm, § 144 InsO, Rn. 19.

70 Früher: Nach Anfechtung eines kapitalersetzenden Geschäfts (§§ 32a Abs. 1, Abs. 3 GmbHG a.F., 129a Satz 1, 172a Satz 1 HGB a.F.; siehe oben Rn. 651) wegen Befriedigung des Gesellschafters (§ 135 Nr. 2 InsO a.F.).

71 Früher betreffend kapitalersetzendes Geschäft (§§ 32a Abs. 1 GmbHG a.F., 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.).

72 Unter den früheren Regelungen zum Kapitalersatz beispielsweise auch die Überlassung einer Sache zum entgeltlichen Gebrauch.

73 Früher: über kapitalersetzende Geschäfte.

74 Früher: den Kapitalersatz.

§ 24 Ausdehnung der Masse durch Inanspruchnahme Dritter, die allen Gläubigern haften

Literatur: *Altmeppen*, Abschied vom »Durchgriff« im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2007, 2657 ff.; *Bork*, Gesamt(schadens)liquidation im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift, S. 1333 ff.; *Bork*, Die analoge Anwendung des § 93 InsO auf Parallelsicherheiten, NZI 2002, 362 ff.; *Bork*, Die Geltendmachung der Existenzvernichtungshaftung in der Insolvenz, KTS 2006, 39 ff.; *Brinkmann*, Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse, 2001; *Budde*, Die Haftungsverwirklichung in der masselosen Insolvenz der Kapitalgesellschaft, 2006; *Glozbach*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG für Zahlungen nach Insolvenzreife, 2004; *Haas/Müller*, Zur Reichweite des § 93 InsO, NZI 2002, 366 f.; *Heitsch*, Zur Außen- und Innenhaftung bei der verschleppten Insolvenz der Kapitalgesellschaft, ZInsO 2006, 568 ff.; *Henssler/Dedek*, Gesamtschaden wegen verspäteter Antragstellung, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 175 ff.; *Klinck*, Die Konkurrenz zwischen Gesellschaftsverbindlichkeiten und Gesellschafterbürgschaft im Hinblick auf § 93 InsO, NZI 2004, 651 ff.; *Kling*, Die Sperrwirkung des § 93 InsO bei insolvenzsteuerlicher Betrachtung, in: ZIP 2002, 881 ff.; *Oepen*, Massefremde Masse. Die Erstreckung von Insolvenzverfahren auf Forderungen von Insolvenz- oder Massegläubigern gegen zusätzliche Schuldner, 1999; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, 2006; *K. Schmidt*, Haftungsrealisierung in der Gesellschaftsinsolvenz – Funktion und Aufgaben des Verwalters nach Gesellschafts- und Insolvenzrecht, KTS 2001, 373 ff. *Turiaux/Knigge*, Vorstandshaftung ohne Grenzen? – Rechtssichere Vorstands- und Unternehmensorganisation als Instrument der Risikominimierung, DB 2004, 2199 ff.; *Vetter*, Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung, BB 2007, 1965 ff.; *Weber/Brügel*, Die Haftung des Managements in der Unternehmenskrise: Insolvenz, Kapitalerhaltung und existenzvernichtender Eingriff, DB 2004, 1923 ff.; *Weller*, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und Implikationen für die Praxis, ZIP 2007, 1681 ff.

I. Masseanreicherung mit abweichender Zielsetzung

Im voranstehenden Kapitel[1] war von verschiedenen Wegen der Masseanreicherung, namentlich der Anfechtung (§§ 129 ff. InsO), die Rede, auf denen die Masse Anreicherung erfährt. Dabei war die gebündelte Inanspruchnahme Dritter, welche allen Insolvenzgläubigern zugleich haften (§§ 92 f. InsO), wegen abweichender Zielsetzung zunächst außer Betracht genommen[2]. Hierauf ist nun einzugehen. §§ 92 f. InsO knüpfen daran an, daß allen persönlichen Gläubigern des Schuldners mit vermögenswerten Ansprüchen (§ 38 InsO) zugleich Außenstehende haften – in einer Schadensersatzpflicht oder wegen Gesellschafterposition[3]. Ähnlich geht § 334 Abs. 1 InsO von der persönlichen Haftung der Ehegatten (§ 1459 Abs. 2 Satz 1 BGB) neben der Haftung des gemeinschaftlich verwalteten (§§ 1450 ff. BGB) und nun dem Insolvenzverfahren unterliegenden (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 Fall 3 InsO) Gesamtgutes (§ 1459 Abs. 1 BGB) aus. Für eingetragene Lebenspartnerschaften gilt wegen § 7 Satz 2 LPartG dasselbe[4]. 1056

Die weitere Haftung drückt sich in **ergänzenden Ansprüchen der Gläubiger gegen die Außenstehenden** aus. Es geht also nicht mehr um die Haftung der Masse für die 1057

1 Zuvor Rn. 1005 ff. (§ 23).

2 Rn. 1006.

3 Vgl. bereits oben Rn. 848.

4 Verschweigen der Lebenspartnerschaft in § 334 InsO ist nur Redaktionsversehen. Vgl. oben Rn. 295, 404, 430.

Ansprüche gegen den Schuldner. Nichtsdestoweniger sorgen §§ 92 f. InsO für eine Abwicklung der Dritthaftung zusammen mit der Massehaftung, indem die Wahrnehmung der Dritthaftung in der Hand des Insolvenzverwalters konzentriert wird. Die Masse wird ergänzt, um zusätzliche Ansprüche zu befriedigen.

1058 Auf den ersten Blick ist das eine unnötige und sogar störende Verbindung verschiedener Haftungen mit Verwirrung der Haftungsmassen, noch dazu unter Eingriff in die Autonomie des Gläubigers, dem die Pflege seines zusätzlichen Anspruchs aus der Hand gerissen wird. Es handelt sich nicht um eine **Verbindung verschiedener Insolvenzverfahren** nach § 147 ZPO, § 4 InsO. Insolvenz des haftenden Dritten ist nicht vorausgesetzt. Und wenn der Dritte durch die Inanspruchnahme oder auch schon vor ihr seinerseits in Konkurs fällt oder bereits gefallen war, so ist sein Insolvenzverfahren grundsätzlich von dem Insolvenzverfahren, in dem die Haftungsbündelung nach §§ 92 f. InsO stattfindet, getrennt. Der nach §§ 92 f. InsO mit der Wahrnehmung betraute Insolvenzverwalter wird dann an Stelle »seiner« Insolvenzgläubiger im Konkurs des Dritten die Forderungen anmelden (§ 174 InsO).

1059 Der Sinn der **Haftungsbündelung** in §§ 92 f. InsO erschöpft sich nicht in der vordergründig eintretenden Masseanreicherung. Vielmehr ist eine Ausweitung des mit dem Insolvenzverfahren gegen den Schuldner bezweckten Befriedigungsgleichmaßes bezweckt. Das Insolvenzverfahren über das Schuldnervermögen hatte den Gläubigerwettlauf um Befriedigung aus diesem Schuldnervermögen abgebrochen. Die Inanspruchnahme von Haftungen außerhalb der Masse – sei es die Haftung einzelner Objekte, sei es die Haftung ganzer Vermögen – bleibt vom Konkurs des Schuldners grundsätzlich unberührt. Daran ändert auch nichts, daß die Insolvenzgläubiger beim Ausweichen auf die fremde Haftungsmasse in einen neuen Wettlauf eintreten, bei dem sie möglicherweise einander wieder begegnen. Wenn aber die Haftung eines fremden Vermögens alle Insolvenzgläubiger zugleich betrifft, dann ist der Kreis der am neuen Wettlauf Teilnehmenden mit dem abgebrochenen identisch oder eine (insbesondere zeitlich) abgrenzbare Teilmenge hiervon[5], allenfalls um einige andere Personen (die mit dem aktuellen Konkurs nichts zu tun haben) erweitert. Die Insolvenzgläubiger untereinander sind aber in § 1 Satz 1 InsO zwangsweise zu einer Solidargemeinschaft verbunden, in der jeder dem Nächsten Befriedigungsaussicht belassen muß. Das Anliegen gleichmäßiger Befriedigung tragen §§ 92 f. InsO nun über die Masse in diejenigen Bereiche hinaus, in denen sämtliche Insolvenzgläubiger wiederum vertreten sind. Der Zweck des Insolvenzverfahrens wird also außerhalb des Schuldnervermögens weiterverfolgt. In gewisser Weise nimmt dies das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Dritten vorweg, der mutmaßlich unter dem Ansturm sämtlicher Insolvenzgläubiger ohnehin zusammenbricht. Unerheblich ist, ob der Dritte auch noch andere Gläubiger hat. Denn diese werden nicht in die **Zwangssolidargemeinschaft** der §§ 1 Satz 1, 92 f. InsO eingefangen. Vielmehr machen sie ihre Ansprüche individuell geltend – es sei denn, es werde wirklich auch über das Vermögen des Mithaftenden ein Insolvenzverfahren eröffnet. Unerheblich ist auch, ob die Insolvenzgläubiger gleich hohe oder unterschiedlich hohe Ansprüche gegen den Dritten haben. Die unterschiedliche Höhe wird bei der konzentrierten Wahrnehmung und der anschließenden Ausschüttung verhältnismäßig bedacht.

5 Siehe unten Rn. 1069 zur zeitlichen Aufgliederung bei Gesellschafterwechsel.

Ist nicht die Masseanreicherung an sich Zweck von §§ 92 f. InsO, sondern die **Verlängerung der Zurückhaltung**, die Verallgemeinerung des Wettlaufstopps, so muß man auch die Frage, wie sich Massearmut auswirkt, anders als bei der bloßen Masseanreicherung[6] beantworten. Ist die Masse zu schwach, um die Masseverbindlichkeiten zu decken, und bliebe sie dies auch dann noch, wenn die sonstigen Möglichkeiten der Masseanreicherung[7] ausgeschöpft würden, so unterbleibt die Bündelung der Ansprüche gemäß §§ 92 f. InsO auf jeden Fall: Sie unterbleibt nicht nur, wenn auch sie keine Verteilungsmasse erzeugen würde (das gilt auch für die anderen Anreicherungsmittel). Sie unterbleibt auch dann, wenn immerhin die Leistung des Dritten zur Masseschuldendeckung mit einem verteilungsfähigen Überschuß führen würde[8]. Das liegt daran, daß die Haftungsbündelung nicht die Erzielung von Verteilungsmasse an und für sich bezweckt, sondern die Verlängerung der Zurückhaltung im Befriedigungswettkampf. Deshalb muß vorausgesetzt sein, daß zunächst einmal der Gläubigerwettlauf um das Schuldnervermögen endgültig beendet ist. Das aber ist nur dann gegeben, wenn das Insolvenzverfahren schon ohne die Haftungsbündelung in §§ 92 f. InsO keinen Mangel an Masse leidet[9]. Unbenommen bleibt ein separates Insolvenzverfahren über das Vermögen des Dritten (das selbstverständlich auch dann stattfinden kann, wenn das zu §§ 92 f. InsO führende Verfahren nicht massearm ist). Auf der anderen Seite findet auch dann keine Haftungsbündelung statt, wenn die Masse so reichhaltig sein sollte, daß alle Insolvenzgläubiger vollkommen bedient werden können. Diesen – praktisch nicht vorkommenden – Ausschlußtatbestand hat die Haftungsbündelung mit den anderen Wegen der Masseanreicherung gemein[10]. 1060

Die gebündelte Inanspruchnahme des Dritten betrifft nur die bei allen Insolvenzgläubigern (oder immerhin bei einer durch die Haftungsregelung bestimmten Teilmenge von ihnen[11]) aufgrund einheitlicher Haftungsregelung **nebeneinanderliegenden Ansprüche**, eine sozusagen automatische gleichzeitige Betroffenheit aller Gläubiger. Sollte ein einzelner Gläubiger eine zusätzliche Zugriffsmöglichkeit gegen den Dritten haben, beispielsweise aufgrund Bürgschaft[12], Delikt (etwa Betrug nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB beim Geschäft des Gläubigers mit dem Schuldner) oder Sicherungsübereignung, so fließt dies nicht in die Haftungsbündelung. Der Insolvenzgläubiger behält insofern seinen Zugriff gegen den Dritten ungeschmälert. Der Absonderung eines haftenden Gegenstandes im Vermögen des Dritten bedarf es nicht; der Insolvenzgläubiger verteidigt seine bessere Zugriffsposition mit den gewöhnlichen Instrumenten des Zwangsvollstreckungsrechts gegen den Gesamtzugriff des Verwalters. 1061

II. Bündelung von Empfangszuständigkeit und Klagebefugnis beim Insolvenzverwalter

§§ 92 f. InsO konzentrieren die Anspruchswahrnehmung in der Hand des Insolvenzverwalters. Im **Kleinverfahren** fällt die Aufgabe dem Treuhänder zu (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO), und zwar – anders als bei der Anfechtung (§ 313 Abs. 2 Satz 3 InsO) – ohne Zuweisung durch die Gläubigerversammlung. Bei **Eigenverwaltung** ist der Sachwalter wahrnehmungsbefugt (§ 280 Fall 1 InsO). Die Regelungen fragen nicht danach, ob jeder einzelne Insolvenzgläubiger sich tatsächlich am Insolvenzverfahren beteiligt (§ 174 InsO) oder nicht. Auch wer von Teilnahme absieht, muß hinnehmen, daß sein Anspruch gegen den Dritten in die Wahrnehmung des Verwalters gelenkt ist. 1062

6 Vgl. oben Rn. 1006.

7 Oben Rn. 1005 ff. (§ 23).

8 Vgl. *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 92 InsO, Rn. 22.

9 Über eng begrenzte denkbare Ausdehnungen der Haftungsbündelung zugunsten von Massegläubigern siehe *Bork*, in: Kölner Schrift, S. 1333, 1337; *Haas*, in: *Gottwald*, § 92 Rn. 501 ff.; *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 92 InsO, Rn. 22; *Lüke*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 92 InsO, Rn. 51 f.

10 Siehe oben Rn. 1010.

11 Siehe unten Rn. 1069.

12 Beispiel für von § 93 InsO in der Insolvenz der Gesellschaft nicht erfaßte Bürgschaft eines haftenden Gesellschafters: LG Bayreuth, Urteil vom 30. Mai 2000 – 33 O 44/00, ZIP 2001, 1782, 1783.

Die zur Haftung des Schuldners bestimmte Exklusivität des Insolvenzverfahrens (§ 87 InsO) schlägt mithin auf die Dritthaftung durch.

1063 Im Selbstverständnis des Verwalters erzeugen §§ 92 f. InsO einen gewissen Zwiespalt. Seine Hauptaufgabe ist diejenige des neutralen Koordinators aller Angelegenheiten des Schuldnervermögens. Mit §§ 92 f. InsO wächst ihm jedoch auch die Aufgabe einer Interessenvertretung zu. Freilich ist diese Interessenwahrnehmung ebenso entindividualisiert wie die als Verfahrensziel beschriebene Gläubigerbefriedigung (§ 1 Satz 1 InsO) überhaupt. Zu weit würde freilich der Verwalter gehen, wenn er sich neben der zusammengefaßten Inanspruchnahme für alle Insolvenzgläubiger nach §§ 92 f. InsO auch noch von einem Insolvenzgläubiger das Mandat erteilen ließe, den Dritten aus zusätzlicher individueller Haftung (z.B. aus Bürgschaft) separat in Anspruch zu nehmen. Hier drohte Kollision der im Insolvenzverfahren zu beobachtenden Interessen des Schuldners und der Insolvenzgläubiger mit denjenigen des Mandanten und somit ein Konflikt mit § 3 Abs. 1 BORA, § 356 StGB.[13]

1064 Die fraglichen Ansprüche werden nicht zu Massebestandteilen. Die Insolvenzgläubiger sind und bleiben Inhaber ihrer Schadensersatzansprüche gegen Dritte und ihrer Forderungen gegen haftende Gesellschafter. Deswegen kann jeder von ihnen seine Forderung gegen den Dritten beispielsweise (zusammen mit der Insolvenzforderung) durch Abtretung (§ 398 BGB) weiterreichen. Er kann auch die Schuld (des Dritten allein oder auch die Hauptschuld) erlassen (§ 397 Abs. 1 BGB) oder sie mit Aufrechnung (§ 387 BGB), Rücktritt, Kündigung, Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB), Stundung umgestalten (wobei er teils an der Insolvenzforderung ansetzen muß). Dem Insolvenzgläubiger entziehen aber §§ 92 f. InsO die Empfangszuständigkeit[14] und die Prozeßführungsbefugnis[15] sowie in der Insolvenz des Dritten die Befugnis, die Forderungen zur dortigen Tabelle anzumelden[16]. Im Prozeß, im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Dritten und außergerichtlich nimmt der Insolvenzverwalter den Dritten treuhänderisch zugunsten der Insolvenzgläubiger in Anspruch.

1065 Das Gesetz gibt dem Verwalter eine den Insolvenzgläubiger verdrängende Einziehungsermächtigung. Und versucht einer der Insolvenzgläubiger, die Haftung des Dritten selbst klageweise durchzusetzen, so ist sein Klagantrag unzulässig. Zwar steht ihm nicht die Überlegung entgegen, daß die Exklusivität der Gesamtvollstreckung (§ 87 InsO) der individuellen prozessualen Verfolgung das Rechtsschutzbedürfnis raubt.[17] Denn der Vorrang des Insolvenzverfahrens berührt allein die Haftung des Schuldners dieses Insolvenzverfahrens und sein hiervon erfaßtes Vermögen, nicht haftende Dritte und deren Vermögen. Aber der Entzug der **Prozeßführungsbefugnis** macht die Klage des Forderungsinhabers unzulässig. Die Prozeßführungsbefugnis liegt in einem Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft exklusiv beim Insolvenzverwalter (Treuhänder; Sachwalter). Nebeneffekt der Bündelung ist die Entlastung der Gerichtsbarkeit, weil nur ein einziges, wenngleich wegen der Vielzahl der Ansprüche umfangreiches, Verfahren zur Durchsetzung der Dritthaftung in Erkenntnis und Vollstreckung vonnöten ist. Ein zwischen Insolvenzgläubiger und Drittem um dessen Haftung bereits laufenden Prozeß übernimmt der Verwalter. In großzügiger Anwendung von § 264 ZPO ist das als ein nicht klagändernder Parteiwechsel anzusehen. Nicht führt nach § 265 ZPO der Insolvenzgläubiger den Prozeß für den Verwalter fort[18]. Verschiedene Verfahren sind gemäß § 147 ZPO zusammenzulegen. Einen schon von einem Gläubiger erzielten Vollstreckungstitel nutzt der Verwalter nach Umschreibung in entsprechender Anwendung von §§ 727 ff., 749 ZPO[19]. Einen Vollstreckungsversuch des Insolvenzgläubigers selbst schlägt der Dritte mit der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) zurück.

13 Vergleiche auch oben Rn. 319 zur umgekehrten zeitlichen Folge (erst individuelles Mandat, dann Verwalterbestellung).

14 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 92 InsO, Rn. 26, § 93 InsO, Rn. 3 f.

15 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 92 InsO, Rn. 27, § 93 InsO, Rn. 45.

16 Vgl. *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 93 InsO, Rn. 26.

17 Vgl. oben Rn. 214.

18 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 35 InsO, Rn. 218.

19 Vgl. Einstufung eines Kanzleiabwicklers als Rechtsnachfolger entsprechend § 727 ZPO in OLG Karlsruhe, Beschluß vom 9. August 2004 – 19 W 41/04, OLGR Karlsruhe 2004, 532 f.

Gibt es **mehrere Dritte**, die allen Insolvenzgläubigern haften, so werden deren konzentrierte Inanspruchnahmen nicht in einem zweiten Schritt nochmals zu einer einzigen zusammengefaßt. Die Anspruchsgegner bleiben jeweils isoliert. Zugleich verklagt zu werden (§ 59 Fall 2 ZPO) bleibt unbenommen, ebenso interner Ausgleich, etwa nach den für Gesamtschuldner geltenden Regeln gemäß § 426 BGB. 1066

III. Gesellschafterhaftung in der Insolvenz der Gesellschaft

Der Gesetzgeber geht von der Annahme aus, daß die Insolvenz der Personengesellschaft (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO) die Insolvenzgläubiger zu beschleunigter Inanspruchnahme der Gesellschafter als solcher drängt (§ 128 Satz 1 HGB ohne oder mit § 161 Abs. 2 HGB; § 171 Abs. 1 HGB; § 128 Satz 1 HGB analog bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts; usw.)[20]. Die Gefahr einer hierdurch ausgelösten Insolvenz des Gesellschafters und damit einer Ungleichheit in der Befriedigung wirkt die Haftungsbündelung gemäß § 93 InsO entgegen. Wohlgemerkt geht es hierbei nicht um Einziehung einer Forderung der insolventen Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter. Nach § 93 InsO wird der Gesellschafter weder aus dem Gesichtspunkt einer seit jeher offenen Beitragsschuld oder einer Nachschußpflicht angesprochen noch wegen Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB), die ihm vielleicht bei Geschäftsführungsaufgaben zu Lasten der Gesellschaft unterlief. Solche Ansprüche wären in der Tat ohne weiteres Massebestandteil gemäß § 35 Abs. 1 InsO. Der Verwalter macht vielmehr die den Gläubigern der insolventen Gesellschaft gegen den Gesellschafter zustehenden Ansprüche geltend. Für die Haftung des Kommanditisten im Konkurs der Kommanditgesellschaft sieht dies außerdem § 171 Abs. 2 HGB vor (hingegen fehlt eine solche Vorschrift im HGB für den Komplementär und für das Mitglied der offenen Handelsgesellschaft). 1067

Freilich reicht gemäß § 171 Abs. 1 HGB die Außenhaftung des Kommanditisten von vornherein nicht über die Beitragslast hinaus. Dem Betrage nach zieht der Insolvenzverwalter über § 93 InsO vom Kommanditisten nicht mehr ein als bei Inanspruchnahme des Kommanditisten wegen seiner Beitragsschuld gegenüber der insolventen Kommanditgesellschaft. Im Ergebnis decken sich auch beim vollhaftenden Gesellschafter Innen- und Außenhaftung. Grundsätzlich schuldet zwar der Vollhafter der Gesellschaft nur die im Gesellschaftsvertrag versprochene Einlage und muß nichts nachschießen (§ 707 BGB, §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB). Die Außenhaftung unterscheidet sich davon, indem sie unbegrenzt ist. Bei der Liquidation der Gesellschaft aber kommen Innen- und Außenhaftung doch zur Deckung, weil das Gesetz für diesen Fall den Nachschuß anfordert (§ 735 BGB, §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB). Die Inanspruchnahme der Gesellschafteraußenhaftung bewirkt also insgesamt nicht eine Masseanreicherung über den schon in der Masse ruhenden Bestand an Beitragsforderungen hinaus. Vielmehr gewährleistet sie, daß das Haftungspotential der Gesellschafter wirklich der Verteilung an alle Gläubiger zur Verfügung steht und nicht von einzelnen Gläubigern aufgesogen wird. Die Masseausdehnung besteht mit anderen Worten in der über die Bündelung der Außenhaftung abgesicherte Umwandlung des Beitrags- oder Nachschußanspruchs in liquide, verteilungsfähige Mittel. 1068

§ 93 InsO bündelt nicht nur die Inanspruchnahme eines gegenwärtigen Mitgliedes, sondern auch die **Inanspruchnahme eines ausgeschiedenen Gesellschafters**. Diese Konzentration geschieht, obwohl die Haftung des Ausgeschiedenen nicht notwendig alle, sondern nur einige, nämlich die älteren Insolvenzgläubiger betrifft. Die Haftung gegenüber einem Teil der Insolvenzgläubiger als solcher genügt, um das Bedürfnis gleichmäßiger Bedienung von Insolvenzgläubigern als solchen auszulösen. Aus den vom Ausgeschiedenen eingezogenen Beträgen bildet der Verwalter dann aber eine Sondermasse und schüttet aus ihr nur an die älteren Insolvenz- 1069

20 Zur Rückabwicklung der nach Eröffnung von einem Insolvenzgläubiger schon individuell eingeholten Beträge siehe *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 93 InsO, Rn. 4, 13.

gläubiger aus, denen der Ausgeschiedene haftbar wurde und denen er auch nach Berücksichtigung der Nachhaftungsbegrenzung (§ 160 HGB; gegebenenfalls mit § 161 Abs. 2 HGB oder mit § 736 Abs. 2 BGB usw.) noch haftet[21]. Eine Anrechnung des hier Erlangten auf das von einem gegenwärtigen Gesellschafter zu Erlangende, das heißt eine Streuung des Risikos über die Grenze zwischen älteren Insolvenzgläubigern und jüngeren Insolvenzgläubigern findet nicht statt, da auch sonst die konzentrierten Inanspruchnahmen mehrerer Dritter nicht zusammengefaßt sind[22].

Auch in anderen Fällen, in denen ein Dritter nicht wörtlich allen Insolvenzgläubigern haftbar ist, tritt Bündelung in der Hand des Insolvenzverwalters ein. Den engen Wortlaut des § 93 InsO muß man den Zweck der Vorschrift entsprechend großzügig lesen. Zügelung des Gläubigerwettlaufs gebietet, § 93 InsO schon dann anzuwenden, wenn nur ein Teil der Gläubiger von dem übergreifenden Gedanken der Gesellschafterhaftung begünstigt ist, während sich andere Gläubiger aus den verschiedenen Gründen (zum Beispiel Haftungsverzichtsabrede) nicht an den Gesellschafter halten können. Für die verbleibenden haftungsbegünstigten Insolvenzgläubiger bildet der Insolvenzverwalter aus dem beim Dritten Erlangten eine Sondermasse.[23]

1070 Keine Trennung muß der Insolvenzverwalter wegen derjenigen Forderungen vornehmen, die sich nach den Regeln schwebender Geschäfte oder wegen Anfechtung erst nach Eröffnung ergeben und trotzdem vom Gesetz als Insolvenzforderungen eingestuft werden (insbesondere §§ 103 Abs. 2 Satz 1, 144 Abs. 2 Satz 2 InsO[24]). Auch diesen Gläubigern muß die Haftungszusammenfassung nach § 93 InsO zugute kommen. Denn die Wurzel der Haftung war bereits in den Geschäften vor Eröffnung angelegt.

1071 Die von § 93 InsO zur Masse gezogene Mitgliederhaftung darf man schließlich auch nicht dort, wo es keine Gesellschafterhaftung gibt, mit der Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft verwechseln. Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer (z.B. nach § 43 Abs. 2 GmbHG) zählen in der Insolvenz der Gesellschaft ebenso von vornherein zur Masse wie bei Gesellschaften mit Gesellschafterhaftung[25]. Hingegen fällt unter § 93 InsO die ausnahmsweise wegen Vermögensvermischung den Gesellschafter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung treffende Durchgriffshaftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft analog zu § 128 HGB[26].

IV. Schadensersatzhaftung, insbesondere von Organen

1072 1. Die Bündelung eines sogenannten Gesamtschadens regelt § 92 InsO. Die gleichauf bei allen Insolvenzgläubigern bestehenden Schadensersatzansprüche setzt § 92 InsO voraus. Nicht etwa begründet die Vorschrift sie.

1073 2. Ersatzpflichtiger kann ein Organ des Schuldners sein, das pflichtwidrig nicht rechtzeitig auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens antrug[27] oder insolvenzstrafrechtliche Bestimmungen (§§ 283 ff. StGB mit § 14 StGB) als Schutzgesetze im Sinne § 823 Abs. 2 BGB mißachtete. Ersatzpflichtige im Sinne von § 92 InsO können aber auch die Organe des Insolvenzverfahrens selbst oder des ihm vorangehenden Eröffnungsverfahrens sein, Mitglieder des Gläubigerausschusses inbegriffen[28]. § 92 Satz 2 InsO bestimmt hierzu, daß zunächst ein neuer Verwalter berufen werden muß, wenn der Verwalter (Treuhänder und Sachwalter sind wegen §§ 313 Abs. 1 Satz 1, 280 Fall 1 InsO gleichfalls betroffen) selbst der Schadensersatzpflichtige ist. Entweder muß also

21 *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, § 93 InsO, Rn. 31.
22 Siehe oben Rn. 1066.
23 BGH, Beschluß vom 20. November 2008 – IX ZB 199/05, NJW-RR 2009, 343 f.
24 Siehe unten Rn. 1103 bzw. oben Rn. 1038.
25 Siehe oben Rn. 1067.
26 BGH, Urteil vom 14. November 2005 – II ZR 178/03, NJW 2006, 1344, 1345 f.
27 Siehe zur Konkursverschleppung oben Rn. 422, 439, 592, 670.
28 Zur Haftung der Aufgabenträger siehe oben Rn. 349 ff.

der in Anspruch zu nehmende Verwalter nach §§ 59 Abs. 1, 56 Abs. 1 InsO ausgewechselt werden, oder es wird ihm ein Sonderinsolvenzverwalter für die Haftungsrealisierung an die Seite gestellt[29]. Nicht unter § 92 InsO fällt allerdings die Schädigung nur einzelner Beteiligter.

3. Im Einzelfall kann auch einmal ein Außenstehender als Gesamthaftender erscheinen, weil er in deliktisch (z.B. nach § 826 BGB) zu verantwortender Weise Konkursverschleppung oder Masseschmälerung[30] bewirkte. 1074

4. Wiederum[31] ist die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht mit einer Haftung gegenüber der Gesellschaft zu verwechseln. Insbesondere zieht nicht erst § 92 InsO eine Geschäftsführerhaftung gegenüber der Gesellschaft (z.B. aus § 43 Abs. 2 GmbHG) zur Masse, sondern es gehört der Ersatzanspruch der Gesellschaft von vornherein zu ihrem Vermögen. 1075

V. Persönliche Haftung der Eheleute in der Gütergemeinschaft

Im Konkurs über das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft zu gemeinsamer Verwaltung nimmt der Verwalter die Eheleute mit ihrem Sondergut oder Vorbehaltsgut (§§ 1417 f. BGB) für alle Insolvenzgläubiger in die Haftung (§ 334 Abs. 1 InsO mit § 1459 Abs. 1 BGB). Dasselbe geschieht wegen der güterrechtlichen Gleichstellung (§ 7 Satz 2 LPartG) mit eingetragenen Lebenspartnern[32]. 1076

29 *Smid*, in: *Smid*, Kommentar, § 92 InsO, Rn. 13.
30 Vgl. oben Rn. 597.
31 Vgl. zuvor Rn. 1069 und Rn. 1071 wegen der Gesellschafterhaftung.
32 Siehe oben Rn. 1056.

§ 25 Schwebende Geschäfte

Literatur: *Armbrüster/Pilz*, Schicksal des Lebensversicherungsvertrages in der Insolvenz des Versicherungsnehmers, KTS 2004, 481 ff.; *Berger*, Insolvenzschutz für Markenlizenzen, 2006; *Bien*, Die insolvenzrechtliche Stellung des Refinanzierers der Leasinggesellschaft beim Finanzierungsleasing nach der Insolvenzordnung, 2000; *Blaum*, Zurückbehaltungsrechte in der Insolvenz, 2008; *Bornholdt*, Leasingnehmer und refinanzierende Bank in der Insolvenz des Leasinggebers nach der Insolvenzordnung, 1999; *Bultmann*, Der Gewinnabführungsvertrag in der Insolvenz, ZInsO 2007, 785 ff.; *Deger*, Die Gestaltung des Bauvertrages durch den Auftraggeber unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten, InVo 2004, 433 ff.; *Engel/Völckers*, Leasing in der Insolvenz, 1999; *Esser*, urheberrechtliche Lizenzen in der Insolvenz, 2009; *Franken/Dahl*, Mietverhältnisse in der Insolvenz, 2. Aufl., 2006; *Fehl*, Leasing in der Insolvenz, DZWIR 1999, 89 ff.; *Grau*, Realisierung von Absonderungsrechten an Forderungen aus nichterfüllten Verträgen, 2006; *Grote*, Wohnraummiete und Arbeitseinkommen während des eröffneten Verbraucherinsolvenzverfahrens, NZI 2000, 66 ff.; *Hackenberg*, Der Einbau eines Münzzählers (CPS-Zählsystem) in der Verbraucherinsolvenz), ZVI 2006, 549 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrechtlicher Rückabwicklungsschutz nach unerkannter Störung des Leistungsaustauschs?, KTS 2002, 603 ff.; *Häsemeyer*, Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Insolvenzverfahren des Verleihers. Freistellung des Entleihers von der Bürgenhaftung für Sozialversicherungsbeiträge der Leiharbeitnehmer?, KTS 2006, 99 ff.; *Heidland*, Der Bauvertrag in der Insolvenz, 2. Aufl., 2003; *Heise*, Verbraucherkredit und Geschäftskredit in der Insolvenz, 2001; *Hoenig/Löwy*, Unternehmenskauf vom »starken« vorläufigen Insolvenzverwalter. Zur Anwendbarkeit von § 103 InsO auf Masseverbindlichkeiten im Sinn von § 55 Abs. 2 InsO, ZIP 2002, 2162 ff.; *Hub*, Filmlizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, 2006; *M. Huber*, Die Abwicklung gegenseitiger Verträge nach der Insolvenzordnung, NZI 1998, 97 ff.; *M. Huber*, Insolvenz des Vorbehaltkäufers in: Festschrift Musielak, 2004, S. 267 ff.; *Jungmann*, Lastschriftwiderspruch des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, WM 2007, 1633 ff.; *Kalkschmid*, Immobilienleasing in der Insolvenz, 2003; *Kayser*, Die Lebensversicherung im Spannungsfeld der Interessen von Insolvenzmasse, Bezugsberechtigtem und Sicherungsnehmer – eine Zwischenbilanz, ZInsO 2004, 1321 ff.; *Kayser*, Die Lebensversicherung in der Insolvenz des Arbeitgebers. Zugleich ein Beitrag zur Erfüllungswahl und Erfüllungsablehnung, 2006; *Kindler/Köchling*, Leasingverträge in der Insolvenz, BuW 2004, 157 ff.; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006; *Klinck*, Refinanziertes Mobilienleasing in der Insolvenz des Leasinggebers, KTS 2007, 37 ff.; *Klopp/Mokros*, Rechtslage des Arbeitnehmers bei Insolvenz seines Arbeitgebers, 2006; *Köhler/Ludwig*, Die Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz, NZI 2007, 79 ff.; *Krämer*, Leasingverträge in der Insolvenz, 2005; *Krüger*, Factoring in der Krise und Insolvenz, 2008; *Lachmann/Nieberding*, Insolvenz am Bau. Beratung der Bauvertragsparteien in Krise und Insolvenz, 2006; *Lachner/Lexa*, Die Rechte des Käufers eines Lebensversicherungsvertrages in der Insolvenz des Versicherungsnehmers, NJW 2007, 1176 ff.; *Landsmann*, Die stille Gesellschaft in der Insolvenz, 2007; *Lauer*, Die Bank in der Kundeninsolvenz, 3. Aufl., 2003; *Lind*, Der Darlehensvertrag in der Insolvenz des Darlehensgebers, ZInsO 2004, 580 ff.; *Linder*, Vorleistungen in der Insolvenz, 2006; *Livonius*, Zum Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO. Die Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf gegenseitige, bei Verfahrenseröffnung von beiden Vertragsparteien nicht vollständig erfüllte Verträge, dargestellt am Beispiel von Kredit-, Sicherheiten- und Refinanzierungsverträgen von Kreditinstituten, Diss. München, 1998; *Marotzke*, Die Wohnraummiete in der Insolvenz des Mieters, KTS 1999, 269 ff.; *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl., 2001; *Marotzke*, BGB und InsO: zwei neue Leistungsstörungsrechte im Widerstreit, KTS 2002, 1 ff.; *Marrder*, Verwertung von Filmrechten in der Insolvenz, 2006; *Matthies*, der Teilbarkeitsbegriff in der Insolvenz sowie die insolvenzrechtliche Behandlung unteilbarer Leistungen im gegenseitigen Vertrag, 2008; *Mossler*, Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung. Der nichtige gegenseitige Vertrag und die Insolvenz, 2006; *Muthorst*, § 348 BGB in der Insolvenz – zum Anwendungsbereich von § 103 InsO, KTS 2009, 467 ff.; *Niemann*, Leasing- und leasingähnliche Fonds in der Insolvenz, 2005; *Nobbe/Ellenberger*, Unberechtigte Widersprüche des Schuldners im Lastschriftverkehr, »sittliche Läuterung« durch den vorläufigen Insolvenzverwalter?, WM 2006, 1885 ff.; *G. Pape*, Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte durch den Insolvenzverwalter, in: Kölner Schrift, S. 531 ff.; *Rendtorff*, Der beiderseitig

nicht vollständig erfüllte Vertrag in der Insolvenz, 2004; *Roth*, Filmrechte in der Insolvenz, 2007; *Rühle*, Gegenseitige Verträge nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, 2006; *Rugullis*, Der Zahlungsrückstand des Vorbehaltskäufers in der Insolvenz des Verkäufers, KTS 2005, 459 ff.; *Scherenberg*, Lizenzverträge in der Insolvenz des Leasinggebers unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, 2006; *Schilken*, Die Vollmacht in der Insolvenz, KTS 2007, 1 ff.; *C. Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl., 2007; *C. Schmitz*, Der Bauvertrag in der Insolvenz, DZWIR 1999, 485 ff.; *C. Schmitz*, Die Dreiteilung des im Insolvenz(eröffnungs-)verfahren fortgeführten Bauvertrages – Auswirkungen auf die Gegenrechte des Bestellers, ZInsO 2004, 1051 ff.; *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000; *Seemann*, Der Lizenzvertrag in der Insolvenz, 2002; *Sinz*, Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift, S. 593 ff.; *Socher*, Die Vereinbarkeit insolvenzbedingter Lösungsklauseln mit dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters, 2003; *Stahlschmidt*, Direktversicherungen und Rückdeckungsversicherungen in der Unternehmensinsolvenz, NZI 2006, 375 ff.; *Steigenberger*, Entgeltumwandlung in der Insolvenz, 2007; *Tetzlaff*, Rechte des Vermieters in der Insolvenz des Mieters, NZI 2006, 87 ff.; *Treffer*, Insolvenzbedingte Lösungsklauseln – Zulässigkeit nach § 119 InsO, MDR 2000, 1178 f.; *Wallner*, Softwarelizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, ZIP 2004, 2073 ff.; *Wallner*, Die Insolvenz des Urhebers, 2002; *Weis*, Die Bank in Krise und Insolvenz des Bauträgers, 2003; *Welling*, Miet- und Leasingverträge über bewegliche Sachen im neuen Insolvenzrecht, 1999; *Wente*, Findet § 103 InsO bei Insolvenz des dienstpflichtigen Unternehmens Anwendung?, ZIP 2005, 335 ff.; *Wiedemann*, Lizenzen und Lizenzverträge in der Insolvenz, 2006; *Wiegmann*, Grund, Grenzen und Wirkungsweise des § 105 InsO, 2004; *von Wilmowsky*, Der Mieter in der Insolvenz: Zur Kündigungssperre des § 112 InsO, ZInsO 2004, 882 ff.; *von Wilmowsky*, Der Mieter eines beweglichen Gegenstandes in der Insolvenz, ZInsO 2007, 731 ff.; *von Wilmowsky*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall – Wirksamkeit, Anfechtbarkeit, Reform, ZIP 2007, 553 ff.; *Wöllner*, Die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln im Insolvenzfall, 2009; *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz, 2003; *Wortberg*, Die Überlegungsfrist bei der Ausübung des Verwalterwahlrechts – ein Instrument zur Masseanreicherung?, ZInsO 2006, 1256 ff.; *Zwanziger*, Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2006. Siehe auch die Hinweise oben zu § 21.

I. Nicht ganz erfüllte Geschäfte

1.a) Der Verwalter findet nicht nur schon abgewickelte Geschäfte vor, welcher er unter Umständen mittels Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) umkehrt. Er stößt auch auf Unerledigtes. Nicht etwa löste die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehende Verträge auf – sonst gäbe es keine Insolvenzgläubiger mit vertraglichen Ansprüchen. Unter dem Unerledigten befinden sich zum einen die Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern und auch schon gegenüber einigen Massegläubigern (siehe §§ 54, 55 Abs. 1 InsO). Die Erstgenannten bedient der Verwalter auch bei eindeutiger Dokumentation in den Unterlagen des Schuldners nicht spontan, sondern nur nach Anmeldung und Feststellung im Prüfungstermin (§§ 174 ff. InsO). Außenstände zieht der Verwalter im Rahmen der ihm obliegenden Vermögenspflege[1] aus eigenem Antrieb zur Masse ein. Bei diesen beiden Grundregeln beläßt es der Gesetzgeber jedoch nicht. Vielmehr stellt er in §§ 103 ff. InsO **Regeln** über die **Fortsetzung oder Nichtfortsetzung unerledigter Geschäfte** auf. Erst nach Prüfung der dort behandelten Tatbestände steht fest, welche Forderungen der Geschäftsgegner als Insolvenzgläubiger oder als Massegläubiger (gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO oder nach Einzelbestimmung wie etwa § 115 Abs. 2 Satz 3 InsO) hat, welche Forderungen ihrerseits die Masse hat, welche Forderungen der Verwalter durchsetzbar machen kann und von welchen Forderungen er die Masse durch Kündigung entlasten kann. Hauptsächlich, aber nicht ausschließlich geht es um gegenseitig verpflichtende Geschäfte. Nicht alle Fälle bei Eröffnung unerledigter Geschäfte sind als sogenannte »schwebende Ge- 1077

1 Oben Rn. 888 ff.

schäfte« von §§ 103 ff. InsO erfaßt. Soweit §§ 103 bis 128 InsO nicht eingreifen, bleibt es bei der grundsätzlichen, sich anderwärts ergebenden Einstufung als Insolvenzforderung, Masseschuld oder Forderung im Schuldnervermögen.

1078 b) Der Begriff des »schwebenden« Geschäfts entspringt nicht unmittelbar §§ 103 ff. InsO. Er wird aber vornehmlich auf die von §§ 103 ff. InsO geregelten Fälle angewandt, obgleich auch die dort nicht erfaßten Geschäfte sich in der Schwebe im Sinne von Unerledigtsein befinden. Mit Blick auf §§ 103 ff. InsO meint »Schwebe« weitergehend als überhaupt »unerledigt« zusätzlich »in der Erwägung eines Abbruchs«. Man darf den Schwebezustand im insolvenzrechtlichen Sinne nicht mit einem Schwebezustand nach bürgerlichem Recht verwechseln. Bedarf ein vollmachtloses Vertretergeschäft noch der Genehmigung (§ 177 Abs. 1 BGB), ist es vorläufig schwebend unwirksam; ein Verbrauchergeschäft kann widerruflich sein (§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB) und somit schwebend wirksam. Solche Fälle gibt es ohne und mit Insolvenz eines der Geschäftspartner. Wortwahl des Gesetzgebers ist das »schwebende Geschäft« in §§ 730 Abs. 2 Satz 1, 740 BGB, 235 Abs. 2 Satz 1 HGB, wo es um die Abwicklung und Abrechnung unerledigter Dinge bei Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden eines Mitgliedes geht; auch dies ist nicht notwendig mit Insolvenz verbunden.

1079 c) §§ 103 ff. InsO betreffen jedes Insolvenzverfahren, das ein deutsches Insolvenzgericht eröffnete. Die Vorschriften strahlen wie die übrigen Vorschriften der Insolvenzordnung als verfahrensbeherrschendes heimisches Regelwerk des Insolvenzgerichts (*lex fori concursus*) ins Ausland aus, sobald das Verfahren grenzüberschreitende Wirkungen entfaltet (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe e EuInsVO – dort ist der Begriff »laufende Verträge« benutzt).[2] Keine Rolle spielt dabei, ob das Geschäft selbst sich nach deutschem Zivilrecht, nach ausländischem Zivilrecht oder nach einem internationalen Abkommen (zum Beispiel nach Haager Kaufrecht) beurteilt. Welches Sachrecht heranzuziehen ist, ergibt sich für das deutsche Insolvenzverfahren aus dem internationalen Abkommen oder aus dem deutschen Internationalen Privatrecht (Art. 3 ff., 27 ff. EGBGB). Dabei ist das fragliche Geschehen zunächst aus Sicht der deutschen Rechtsordnung einzustufen (im Regelfalle als vertragliches Schuldverhältnis). Diese »deutsche« Qualifikation wird dann an die einzelnen Tatbestände der Art. 27 ff. EGBGB herangetragen, um daraus das Statut für das Geschäft abzuleiten. Auch für die Einordnung in §§ 103 ff. InsO entscheidet die Qualifikation nach deutschem Verständnis.

1080 d) Nicht besonders in §§ 103 ff. InsO ist die Frage geregelt, wie mit dem Schwebezustand umzugehen ist, der sich daraus ergibt, daß noch eine aufschiebende Bedingung (falls das Geschäft überhaupt betreffend: § 158 Abs. 1 BGB) fehlt, oder eine auflösende Bedingung (für das Geschäft überhaupt: § 158 Abs. 2 BGB) noch eintreten kann. Die Frage ist deshalb gleichmäßig sowohl für die in §§ 103 ff. InsO behandelten Fälle wie für alle übrigen zu beantworten. Masseschulden (auch wenn erst durch §§ 103 ff. InsO als solche gekennzeichnet) und Masseforderungen sind gemäß den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts von der Bedingung abhängig. Insolvenzforderungen (auch wenn erst gemäß §§ 103 ff. InsO zu solchen gemacht) benötigen den Eintritt der aufschiebenden Bedingung. Nur die auflösende Bedingung ist bei Insolvenzforderung erst dann beachtlich, wenn sie wirklich eintritt; vorerst wird sie übergangen (§ 42 InsO). Nicht mehr offen, sondern erfüllt ist eine im Einzugsermächtigungsverfahren beglichene Geldforderung, sobald das Geld dem Empfängerkonto gutgeschrieben ist.[3] Die Möglichkeit zum Widerspruch gegen die Abbuchung verhindert Erfüllung nicht[4]. Anderenfalls müßte man glauben, daß im alltäglichen Zahlungsverkehr Eigentumsvorbehalte niemals endeten, da Zahlungspflichtige kaum je Lastschriftabbuchungen genehmigen (was erst einen Widerspruch ausschlösse). Auch wenn man alternativ die Erfüllungswirkung an Allgemeine Geschäftsbedingun-

2 Umgekehrt ragen nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe e EuInsVO oder nach § 335 InsO ausländische Bestimmungen über schwebende Geschäfte mit einem ausländischen Insolvenzverfahren nach Deutschland hinein.

3 BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – XI ZR 283/07, DZWIR 2009, 67, 69. Anders BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 – IX ZR 217/06, NJW 2008, 63, 65 (Erfüllung erst mit Genehmigung).

4 So freilich BGH, Urteil vom 4. November 2004 – IX ZR 22/03, NJW 2005, 675, 676. Zu Recht kritisch *Jungmann*, WM 2007, 1633 ff., 1638 ff., und *Nobbe/Ellenberger*, WM 2006, 1885, 1888 ff. Eine andere Frage ist, wann man die Zahlung im Sinne der Anfechtungsregeln als getätigt ansehen will (siehe oben Rn. 627).

gen im Deckungsverhältnis zwischen dem Zahlungspflichtigen und seiner Bank mit dort üblicherweise bestimmter Genehmigungsfiktion bei sechswöchigem Schweigen anknüpfen wollte, ergäbe sich ungebührlich lange Unklarheit. Zu der Sechswochenfrist träte das Risiko der Wirkungslosigkeit ihres Verstreichenlassens in kritischer Zeit. Für die Genehmigung der Abbuchung an sich freilich entfalten die Klauseln Wirkung.[5]

2. Die gesetzliche **Interessenabwägung in §§ 103 bis 118 InsO** versteht sich, auch soweit sie dem Verwalter Handlungsspielraum beläßt, als endgültig. Abweichende Vereinbarungen entfalten keine Wirkung (§ 119 InsO). Den Zielen des Insolvenzverfahrens soll das gesetzliche Spektrum der Entwicklungsmöglichkeiten schwebender Geschäfte ungeschmälert zur Verfügung stehen. Insbesondere kann sich der Geschäftsgegner des späteren Gemeinschuldners nicht gültig ein von §§ 103 ff. InsO abweichendes **Lösungsrecht** (beispielsweise als Rücktrittsrecht, als Kündigungsrecht[6] oder als auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB formuliert) für den Fall der Insolvenz vorbehalten, und der Schuldner kann nicht im vorhinein auf das künftige Wahlrecht eines Insolvenzverwalters, selbst wenn er das eines Tages als Eigenverwalter selbst sein sollte, verzichten.[7] Die Behandlung von Arbeitsverhältnissen gemäß §§ 120 ff. InsO ist nicht durch § 119 InsO unabdingbar gestellt; hier folgt Indisponibilität aus weitestgehender Unabänderlichkeit der in Bezug genommenen arbeitsrechtlichen Instrumente selbst. 1081

Die Unabdingbarkeit der gesetzlichen Regeln über schwebende Geschäfte erschwert Sanierungsbemühungen vor einem Insolvenzverfahren. Dem Schuldner sind die Hände gebunden, und er kann den Gläubigern, von denen er Zugeständnisse erlangen möchte, nicht anbieten, die bestehenden Geschäfte risikoärmer umzugestalten und neue Geschäfte von vornherein mit geringeren Insolvenzgefahren auszugestalten. 1082

In den **nicht** von §§ 103 bis 118 InsO (und auch nicht von §§ 120 ff. InsO) erfaßten Konstellationen hingegen ist **Vorbeugung gegen das Insolvenzrisiko** durch **Vertragsgestaltung** (in den Grenzen von Treu und Glauben sowie der guten Sitten) möglich. Die Fragen von Fortsetzung oder Abbruch eines bei Konkurseröffnung unerledigten Geschäfts sind also in der Restmenge unerledigter Geschäfte privatautonomer Regelung in Lösungsklauseln zugänglich. Darüber hinaus bleibt Vertragsgestaltung auch in den von §§ 103 bis 128 InsO bestrichenen Feldern unbenommen, soweit sie zwar eigens oder zumindest beiläufig das Insolvenzrisiko anbelangt, aber nicht die Frage der Fortsetzung oder des Abbruchs allein anläßlich der Konkurseröffnung anders als das Gesetz behandelt. Daher kann durchaus eine (von § 323 BGB abweichende) vertragliche Regelung über Rücktritt wegen Schuldnerverzuges, mit deren Hilfe der Geschäftsgegner noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Geschäft auflöst, dem Verwalter die Wahl zwischen Abbruch und Fortsetzung vorenthalten – mag auch der Schuldner in Schuldnerverzug gerade wegen seiner Insolvenz, die später das Insolvenzverfahren auslöste, geraten sein. Zu prüfen bliebe freilich, ob das Herbeiführen von Schuldnerverzug durch Nichtleistung nicht eine gemäß § 129 Abs. 2 InsO als Unterlassung anfechtbare Rechtshandlung darstellt. Gegebenenfalls kann so der Verwalter letztlich dem Rücktritt den Boden entziehen und gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO vom Schuldner verlangen, daß er den Vertrag im Zusammenwirken mit ihm (als ein Massegeschäft) wiederherstelle. 1083

Gelegentlich gestattet der Gesetzgeber eine eigentlich von § 119 InsO unterbundene Vertragsgestaltung ausdrücklich. So durfte sich der Versicherer für die Insolvenz des Versicherungsnehmers ein Sonderkündigungsrecht vorbehalten (§ 14 Abs. 1 VVG a.F.). 1084

Stets unbenommen bleibt Vertragsgestaltung, die die Handlungsmöglichkeiten des Verwalters in der Insolvenz erweitert. Wirksam ist daher das dem Schuldner im Vertrag vorbehaltene 1085

5 BGH, DZWIR 2009, 67, 69 f. Siehe oben Rn. 627.

6 Siehe z.B. § 8 Nr. 2 Abs. 1 und Nr. 6, § 14 VOB/B betreffend Kündigung durch Besteller bei Insolvenz des Unternehmers mit Abrechnung nur der schon erbrachten Teile der Werkleistung.

7 Näher *Berscheid*, in: *Uhlenbruck*, § 119 InsO, Rn. 15 ff.

Recht, in der eigenen Insolvenz zurücktreten oder kündigen zu können und dann allenfalls empfangene Teilleistungen vergüten zu müssen.

1086 Auch wenn die gesetzlichen Regeln über schwebende Geschäfte eingreifen, bleibt Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO unberührt[8].

II. Wahlrecht des Verwalters bei gegenseitigen Geschäften

1. Grundsatz

a) Wahl zwischen Fortsetzung und Abbruch

1087 Im Grundsatz stellt § 103 Abs. 1 InsO es dem Insolvenzverwalter zur Wahl, ob er ein beidseits noch nicht ganz erfülltes Geschäft wie zwischen Schuldner und Geschäftsgegner vereinbart zu Ende führt oder nicht. Die Vorschrift betrifft **nur** synallagmatische Geschäfte, und auch diese nur gerade im Hinblick auf die im Gegenseitigkeitszusammenhang stehenden Pflichten, nicht hinsichtlich der Nebenpflichten. Außer Betracht bleibt daher beispielsweise der keine Pflichten mit Gegenseitigkeitsbezug enthaltende Auftrag, obwohl er durchaus auf jeder Seite Verpflichtungen erzeugen kann (Durchführung nach § 662 BGB und Herausgabe des Erlangten nach § 667 BGB; Aufwendungsersatz nach § 670 BGB). Außer Betracht bleibt der Gesellschaftsvertrag, der keine Austauschbeziehung, sondern eine Bindung zur Leistung von Beiträgen in gleicher Richtung bedeutet (§ 705 BGB), zu der Rückflüsse (zum Beispiel eine Gewinnausschüttung) keine Gegenleistung, sondern nur die Umkehrung der Beitragssammlung sind. Außer Betracht bleibt der wegen einer Reparatur eingegangene Werkvertrag, wenn nur noch Vergütung (§ 631 Abs. 1 BGB) und Rückgabe der bereits vor Konkurseröffnung tadellos instand gesetzten Sache ausstehen.

b) Einfache Geschäfte und Dauerschuldverhältnisse

1088 Die Wahlregelung **erfaßt** sowohl auf **einfachen Leistungsaustausch** angelegte Schuldverhältnisse als auch **Dauerschuldverhältnisse** wie beispielsweise Darlehen und Franchisevertrag. Nicht etwa darf man sich von der zu weit gefaßten Überschrift »Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen« zur Sonderregelung des § 108 InsO über Miete oder Pacht von Immobilien, über Dienstverhältnisse und über Darlehen zu dem Fehlschluß verleiten lassen, sämtliche Dauerschuldverhältnisse seien von der Grundregelung in § 103 InsO ausgenommen. Auch darf man einen Franchisevertrag nicht wegen seiner in Teilaspekten auszumachenden Nähe zum Gesellschaftsvertrag als wegen Insolvenz eines Beteiligten nach § 728 Abs. 2 Satz 1 BGB für aufgelöst oder den Beteiligten nach § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB für ausgeschieden erachten. Andererseits gibt es aber auch Dauerschuldverhältnisse, die deswegen nicht in die Wahl nach § 103 Abs. 1 InsO fallen, weil sie nicht zum Leistungsaustausch verpflichten. Hier ist beispielsweise an Rahmenverträge oder an den Vertragshändlervertrag zu denken.

c) Beschneidungen der Wahlfreiheit

1089 Vom grundsätzlichen Wahlrecht abweichend legen §§ 104, 106 ff. InsO den weiteren Fortgang eines schwebenden Geschäfts fest[9]. Diese Regelungen gehen über den Kreis

8 Näher oben Rn. 1028 ff.

9 Dazu unten Rn. 1123 ff.

der synallagmatischen Geschäfte hinaus (siehe § 115 InsO zum Auftrag, der von vornherein nicht unter die Wahlregelung des § 103 InsO fiele), stellen aber dabei keine Flächendeckung her. In den überwiegend angesprochenen synallagmatischen Geschäften nehmen die Sondervorschriften dem Verwalter die Wahl ab. Außerdem kann im Bereich von § 103 InsO nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB die Wahl des Verwalters auf Erfüllung eingeengt sein[10] – etwa wenn der Verwalter anhaltend Wahl der Erfüllung in Aussicht stellte und damit vielleicht erst sogar den Geschäftsgegner zu neuen Geschäften mit der Masse bewegte. Im allgemeinen ist es nicht treuwidrig, die von § 103 Abs. 1 InsO eröffnete Wahl in beliebiger Richtung auszuüben. Abgesehen davon muß man das Verhalten des Verwalters auslegen (§ 133 BGB). Nimmt er einen vom Schuldner auf Leistung gegen den Geschäftsgegner begonnenen und gemäß § 240 ZPO unterbrochenen Prozeß auf (§§ 85 Abs. 1 InsO, 250 ZPO), so liegt darin wahrscheinlich schon die Entscheidung für die Fortsetzung. Weniger wahrscheinlich ist, in Ablehnen der Aufnahme (vgl. § 85 Abs. 2 InsO) zugleich Ablehnung der Erfüllung zu finden.

d) Besondere Zuständigkeiten

Im **Kleinverfahren** ist der Treuhänder für die Entscheidung zuständig (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Bei Eigenverwaltung obliegt die Wahl dem Schuldner als **Eigenverwalter** (§ 279 Satz 1 InsO), im Einvernehmen mit dem Sachwalter auszuüben (§ 279 Satz 2 InsO). 1090

e) Folgenabschätzung

Bei der Entscheidung für oder wider die Fortsetzung des Geschäfts wägt der Verwalter die jeweiligen Folgen für die Masse gegeneinander ab. Fortsetzung kann in dem einem Falle für die Masse (und je nach den Umständen zugleich für den Außenstehenden) günstiger sein als Abbruch des Vollzuges. In einem anderen Falle hingegen kann der Abbruch vorzugswürdig erscheinen, weil die Schonung der Masse mehr ausmacht als der Verlust der (restlichen) Leistung des Geschäftsgegners. In die Entscheidung zum einzelnen Geschäft fließt gegebenenfalls die grundsätzliche Entscheidung der **Gläubigerversammlung** über Unternehmensfortführung oder Unternehmensstillegung (§ 157 Satz 1 InsO) ein. Eine Umsatzsteuerbelastung aus Durchführung kann ebenfalls zu beachten sein. 1091

f) Teilbare Leistungen

Im Falle **teilbarer Leistungen** ist zusätzlich zu bedenken, daß in Abweichung von § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 InsO bei Wahl der Erfüllung der Geschäftsgegner mit seinem anteiligen Gegenanspruch für die schon von ihm vor Eröffnung dem Schuldner erbrachte Teilleistung gemäß § 105 Satz 1 InsO Insolvenzgläubiger bleibt. Er teilt in Höhe seiner Vorausleistung das Schicksal aller übrigen Insolvenzgläubiger. Nur wegen seiner noch offenen und in die Masse noch zu erbringenden Leistung empfängt der Gegner anteilig Gegenleistung als Massegläubiger nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 InsO. Diese masseanreichernde Aufspaltung kann der Gläubiger gemäß § 105 Satz 2 InsO nicht mit Sekundäransprüchen auf Rückgewähr des vor dem Konkurs dem Schuldner Geleisteten umgehen, welche ihm nach bürgerlichem Recht (insbesondere 1092

10 Vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 165/02, DZWIR 2004, 200, 201.

wegen Rücktritts nach §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB) eigentlich erwachsen könnten, nachdem das Geschäft seine Durchsetzbarkeit mit Erfüllungswahl zurückgewann.

1093 Erst recht kann der Geschäftsgegner seine Vorleistung nicht als ungerechtfertigte Bereicherung des Schuldners oder der Masse kondizieren und daraus eine Insolvenzforderung oder gar eine Masseforderung (gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO) herleiten. Denn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hob das Geschäft nicht vollkommen hinweg[11], so daß es immer noch den Rechtsgrund für die Vorleistung darstellt.

1094 Die Vorschriften des § 105 InsO über die Teilung am Eröffnungszeitpunkt betreffen sowohl einfache Umsätze (einschließlich Ratenlieferungsvertrag, das heißt echter Sukzessivlieferungsvertrag) als auch Dauerschuldverhältnisse – namentlich Dauerbelieferung in einem Bezugsvertrag, etwa über Energie und Wasser, aber auch Franchiseverträge. Nicht hingegen betrifft § 105 InsO die Kette wiederkehrender Schuldverhältnisse, bei dem jeder Umsatz ein in sich geschlossenes, wenn auch vielleicht in einen übergreifenden Rahmenvertrag eingestelltes Geschäft darstellt (und der Rahmenvertrag selbst wird regelmäßig keine konkreten Austauschpflichten begründen, also auch nicht selbst unter § 103 InsO fallen).

g) Sicherheiten

1095 Weiterer Gesichtspunkt bei der Wahl zwischen Abbruch und Erfüllung ist etwa **eingerichtete Sicherheit**. Wahl der Erfüllung betrifft das ganze Geschäft. Inbegriffen sind die zu dem Geschäft gehörigen gesetzlichen Sicherheiten. Inbegriffen sind aber auch die rechtsgeschäftlichen Sicherheiten, und zwar sowohl auf der schuldrechtlichen Ebene des Sicherungsvertrages als auch auf der dinglichen Ebene des Sicherungsgutes selbst. Dabei spielt keine Rolle, ob der Sicherungsvertrag vom gesicherten Geschäft getrennt geschlossen wurde oder nicht. Es muß nur überhaupt das Sicherungsgeschäft auf das zu sichernde und wegen Eröffnung in die Schwebe geratene Geschäft bezogen sein.

1096 Der mit Erfüllungswahl eintretenden Verlängerung des Sicherungszwecks steht (falls die Sicherheit an einem Massegegenstand besteht) nicht entgegen, daß nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 91 Abs. 1 InsO niemand mehr ein Recht an einem Massegegenstand erlangen kann. Denn es ist der umfassend kompetente Verwalter, der den Sicherungszweck wiederbelebt.

1097 Aber auch bei Ablehnen der Erfüllung können die Sicherheiten eingreifen. An die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt zwar jetzt ein Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Doch ist dieser Insolvenzforderung, obwohl er erst nach Eröffnung entsteht (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die gedachte Begründung des Anspruchs schon vor Eröffnung schlägt auf die Sicherheit durch. Wenn denn die Sicherheit überhaupt auch Sekundäransprüche decken soll, so deckt sie nun den in § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO behandelten Ersatzanspruch. Die Änderung des Sicherungszwecks fand fiktiv schon vor Eröffnung statt, so daß § 91 Abs. 1 InsO wiederum nicht im Wege stehen kann.

1098 Verlängerung oder Änderung des Sicherungszwecks ist somit keine Frage des Insolvenzverfahrensrechts, sondern nur der Gestaltung der Sicherheit. Ob die Sicherheit noch nach Erfüllungswahl gelten[12] oder ob sie Schadensersatz wegen Ablehnens der Erfüllung abdecken soll, ist Auslegungsfrage. Auszulegen ist das die Sicherheit einräumende Gesetz, das die Sicherheit aus Zwangsvollstreckung ordnende Gesetz oder das Sicherungsgeschäft (§§ 133, 157 BGB) samt den dazu gegebenenfalls vorhandenen gesetzlichen Vorschriften. Im Zweifel wird man sowohl für Fortsetzung als auch für Abbruch des Geschäfts Fortgeltung der Sicherheit annehmen dürfen. Es ist in aller Regel ein Hauptanliegen von Kreditsicherheit, das Insolvenzrisiko zu decken

11 Oben Rn. 1077.

12 Siehe bereits oben Rn. 907. Hingegen kein Wiederaufleben der Sicherungszession allein durch Wiederbeleben der zedierten Forderung; siehe unten Rn. 1102, 1139.

– gleichviel, welches Schicksal das Geschäft in der Insolvenz hat. Die Sicherheit aus Zwangsvollstreckung allerdings ist strikt an den titulierten Anspruch gebunden.

h) Entscheidung

Angesichts der schwierigen Abwägung nimmt es nicht wunder, daß der Verwalter oftmals ein zweideutiges Verhalten an den Tag legt. Je nach den Umständen versucht er, sich mit Schweigen oder unverfänglicher Kontaktaufnahme alle Möglichkeiten offenzuhalten. Früher oder später führt das allerdings zum Streit mit einzelnen Geschäftspartnern darüber, ob und in welchem Sinne bereits eine Entscheidung fiel.[13] Dabei kann sich der Verwalter auch persönlich in Anspruch genommen sehen, weil die Gläubiger meinen, er habe ihnen eine persönliche Erfüllungsgarantie gegeben.[14] Die gleiche Problematik begegnete bereits bei der vorläufigen Verwaltung.[15] 1099

Die Wahl des Verwalters müssen auch Dritte hinnehmen, denen der Geschäftsgegner seine vertraglichen Ansprüche vor oder nach Eröffnung abtrat oder noch abtritt. Auch vom Schuldner oder vom Verwalter empfangende Zessionare können in die Wahl nicht eingreifen. Es kann aber sein, daß die Veränderung der vom Schuldner oder vom Verwalter abgetretenen Forderung im Verhältnis zwischen Verwalter (als Repräsentant der Masse) und Zessionar Vertragsbruch darstellt. 1100

2. Wiederherstellung der Durchsetzbarkeit bei Erfüllungswahl

a) Die Einrichtung einer Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung ist mit der Vorstellung verbunden, daß zunächst wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die wechselseitigen Ansprüche zwar nicht erlöschen[16] oder umgestaltet werden, aber immerhin undurchsetzbar sind[17]. Etwaige frühere Zessionen durch den Schuldner oder den Geschäftsgegner sind deswegen bis auf weiteres wertlos. Umsatzsteuer fällt aus. Wahl der Erfüllung stellt die Durchsetzbarkeit wieder her. Das Geschäft ist nun nicht nur überhaupt abzuwickeln. Es steigt sogar in den Rang eines Massegeschäftes auf. Der Geschäftsgegner ist nun, obgleich sein Anspruch vor dem Konkurs begründet war, nicht Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), sondern Massegläubiger (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 InsO) und kann sich notfalls an den Verwalter persönlich halten (§ 61 Satz 1 InsO). Das mildert sein zusätzliches Risiko, die aus Wahl der Erfüllung folgende erstmalige oder weitere Leistung in die insolvente Masse ihm möglicherweise gegen seinen Willen aufbürdet. Vor der Konkurseröffnung war lediglich die etwa schon von ihm dem Schuldner erbrachte Teilleistung mit dem Verlustrisiko behaftet. Unbenommen bleibt dem Gegner auch, auf Vorleistung der Masse zu bestehen, wenn im Vertrag Vorleistung des Schuldners vorgesehen war, oder die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu erheben. Außerdem bleibt ihm mit Er- 1101

13 Beispiel: OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Januar 2003 – 16 U 112/02, ZIP 2003, 1306 ff., betreffend Verkauf an Gemeinschuldner mit Lieferung unter Eigentumsvorbehalt.

14 Beispiel: ArbG Essen, Urteil vom 18. Mai 2004 – 2(4) Ca 34/04, KTS 2005, 331 ff.; LAG Düsseldorf, Urteil vom 27. Oktober 2004 – 12 (13) Sa 1348/04, KTS 2005, 336 ff., betreffend Arbeitsentgelte, mit Anm. *Lennartz*, KTS 2005, 338 ff.

15 Siehe oben Rn. 734.

16 So aber *Berscheid*, in: *Uhlenbruck*, § 103 InsO, Rn. 85. Siehe auch BGH, Urteil vom 20. Dezember 1988 – IX ZR 50/88, NJW 1989, 1282, 1283, zu § 17 KO. Danach läßt Erfüllungswahl die Verpflichtung neu entstehen; siehe BGH, NJW 1989, 1282, 1283 f., zu § 17 KO.

17 BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, NJW 2002, 2783, 2785. Dazu eingehend und kritisch *Foerste*, Rn. 210 ff.

füllungswahl die Nutzung einer wegen des Erfüllungsrisikos vom Schuldner eingeräumten Sicherheit erhalten. Und soweit wegen der Aufspaltung nach § 105 Satz 1 InsO der Gegner Insolvenzgläubiger bleibt, kann die Sicherheit, wenn an einem Gegenstand des Schuldnervermögens begründet, ihm immerhin ein Absonderungsrecht geben.

1102 b) Trotz dieser Umstellung bei Erfüllungswahl geht es meiner Meinung nach zu weit, in der Entscheidung für die Fortsetzung eine Neubegründung der wechselseitigen Ansprüche zu erblicken. Dies tut die Rechtsprechung allerdings dann, wenn sie die aus der Erfüllungswahl hervorgehenden Masseschulden und Masseforderungen als originär bezeichnet[18]. Erst recht nimmt Neubegründung an, wer von Erlöschen der Ansprüche mit Eröffnung ausgeht[19]. Aus dem Verständnis originärer beziehungsweise neu begründeter Ansprüche müßte zu folgern sein, daß der Geschäftsgegner seiner schon vor Eröffnung begründeten, mit Eröffnung undurchsetzbar gewordenen und durch Erfüllungswahl wieder zur Durchsetzbarkeit erweckten Verpflichtung nicht durch Aufrechnung (§ 387 BGB) mit einer aus anderem Grund in seiner Hand ruhenden Insolvenzforderung (§ 94 InsO) ledig werden könnte. Denn er wäre gemäß dem Ausschlußtatbestand in § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO erst nach Eröffnung Schuldner gegenüber der Masse geworden[20] und müßte für eine Aufrechnung mit der Insolvenzforderung nach einer anderen alten Verpflichtung seinerseits und zur Aufrechnung gegen seine wiederbegründete Schuld nach einer anderen Forderung gegen die Masse suchen. Auch wäre eine vor Eröffnung vom Schuldner getätigte Zession (§ 398 BGB) zur Sicherung oder zu anderem Zweck, falls sie überhaupt den wiedererstandenen Anspruch der Masse inhaltlich im voraus mitumfassen wollte (das ist Auslegungsfrage nach §§ 133, 157 BGB[21]), ein Masseabfluß, den § 91 Abs. 1 InsO verhinderte. Der Geschäftsgegner müßte bei Bedarf ebenfalls seine Forderung erneut abtreten, was ihm, falls er inzwischen selbst in Konkurs gefallen sein sollte, auch nicht mehr möglich wäre. Diese Folgen erschienen unangemessen, da Schuldner und Gegner den Vertrag tatsächlich vor dem Insolvenzverfahren eingingen. Vielmehr müßte der Verwalter von vornherein bei seiner Entscheidung für oder gegen die Durchführung (§ 103 InsO) eine etwaige Aufrechnungslage mit ins Kalkül nehmen.

3. Nichterfüllung

a) Ausweichen auf eine Insolvenzforderung

1103 Unterbleibt Wahl der Erfüllung, indem der Verwalter schweigt, oder lehnt der Verwalter sogar ausdrücklich die Fortsetzung des Geschäfts ab, bleibt es bei Undurchsetzbarkeit. Um Klarheit zu gewinnen, kann der Geschäftsgegner gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO Entscheidungsdruck entfalten, ähnlich wie bei Geschäften Minderjähriger gemäß § 108 Abs. 2 BGB oder bei Geschäften vollmachtloser Vertreter gemäß § 177 Abs. 2 BGB. Umgekehrt befreit § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO den Verwalter von akutem Handlungszwang, wenn es um einen Kauf geht, den der Verkäufer mit Lieferung an den Schuldner unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB)

18 So tut es aber insbesondere BGH, NJW 2002, 2783, 2785.
19 So *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 654.
20 So z.B. *Kreft*, in: MünchKomm, § 103 InsO, Rn. 41; *Kroth*, in: *Braun*, § 103, Rn. 59.
21 Vgl. dagegen die Wiederbelebung eines mit einem schwebenden Geschäft verknüpften Sicherungsgeschäfts oben Rn. 907, 1098.

schon teilweise erfüllt hatte. Der Verwalter hat Zeit, bis die Gläubigerversammlung (§§ 156 f. InsO) über das Schicksal des Schuldnervermögens, wofür der Ware womöglich besondere Bedeutung zukommt, bestimmt hat. Aufschub für die Entscheidung gibt es aber nicht, wenn die Ware ihren Wert einzubüßen droht und somit die etwaige Aussonderung (§ 47 InsO) ausgehöhlt würde (§ 107 Abs. 2 Satz 2 InsO). Eine alternative Entschädigung für Aufschub ist, anders als für Verzögerung der Verwertung (§ 169 InsO) oder für entwertende Nutzung von Absonderungsgut (§ 172 InsO), nicht vorgesehen.

Wird nach allem das Geschäft nicht fortgeführt, darf der Geschäftspartner seine steckenbleibende Forderung nicht als Insolvenzforderung anmelden (oder sich gar als Massegläubiger fühlen). Vielmehr muß er auf eine Sekundärforderung ausweichen. Es handelt sich um den nach bürgerlichem Recht[22] aus Nichterfüllung sich ergebenden Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, auf Aufwendungsersatz oder Herausgabe eines Surrogates (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281, 283, 284, 285 BGB und ähnliche Sondervorschriften). 1104

Dieser Sekundäranspruch ist nun allerdings, obwohl durch Verhalten des Insolvenzverwalters hervorgerufen, nicht Masseforderung, sondern, da verdeckt schon in dem vor Eröffnung geschlossenen Vertrag angelegt, Insolvenzforderung (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Er muß also unter Umständen nach § 45 Satz 1 InsO in eine Geldforderung umgerechnet werden. Das betrifft die Forderung auf das Surrogat. Die Forderung auf Schadensersatz statt der Leistung oder auf Aufwendungsersatz ist ohnehin nicht in Natur, sondern in Geld auszudrücken. Die in § 281 Abs. 1 BGB vorgesehene Nachfrist braucht der Geschäftsgegner dem Verwalter bei erklärter Ablehnung der Erfüllung nicht zu setzen, weil schon eine ernsthafte und endgültige Verweigerung nach § 281 Abs. 2 BGB vorliegt. Soweit der Zeitablauf Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit verursacht (§ 275 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB), ist der Schadensersatzanspruch in § 283 BGB von vornherein ohne Nachfrist eröffnet. Eventuell hatte der Schuldner auch für die an die Stelle der geschuldeten Leistung tretenden Ansprüche Sicherheit gewährt; das ist Frage der Auslegung des Sicherungsgeschäfts nach §§ 133, 157 BGB. War es dingliche Sicherheit aus dem Schuldnervermögen, ist der Gläubiger absonderungsberechtigt. Wählt der Verwalter beim Konkurs eines Bauunternehmers im Werkvertrag mit dem Bauherrn Nichterfüllung, braucht er wegen der bestehenden Mängel dem Nachunternehmer keine Nacherfüllung abzunehmen (und zwar auch dann nicht, wenn der Verwalter dort kein Wahlrecht nach § 103 InsO hat). Nachbesserung wäre dem Verwalter als unnütz gemäß § 636 a.E. BGB nicht zuzumuten.[23] Nur bei Entscheidung für Erfüllung des Vertrages mit dem Bauherrn ist der zur Masse gehörige Anspruch gegen den Subunternehmer regulär, das heißt mit vorrangiger Nacherfüllung abzuwickeln.[24] 1105

Unbenommen bleibt es Verwalter und Geschäftsgegner, nach Abbruch des Geschäfts ein neues Geschäft über denselben Gegenstand zu schließen. Dieses neue Geschäft ist dann Masseangelegenheit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Auch wenn sich hierfür die Masse als genügend leistungsfähig erweist und das schon bei Ausübung des Wahlrechts für den Verwalter ersichtlich ist, so 1106

22 Nach anderer Ansicht aus dem Insolvenzverfahrensrecht selbst. Vgl. *Berscheid*, in: *Uhlenbruck*, § 103, Rn. 87; *M. Huber*, in: MünchKomm, § 103, Rn. 184. Die Einstufung darf meist offenbleiben.

23 Siehe BGH, Urteil vom 10. August 2006 – IX ZR 28/05, NJW 2006, 2919, 2920, 2921.

24 BGH; NJW 2006, 2919, 2920 f.

handelt doch der Verwalter nicht treuwidrig, wenn er sich zunächst einmal für Abbruch entscheidet.

b) Rückgewähranspruch als Insolvenzforderung?

1107 Unklar ist, ob die in § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO beschriebene Forderung des Geschäftsgegners wegen Nichterfüllung auch auf Rückgewähr einer schon erbrachten Teilleistung zielen kann – gegebenenfalls nach § 45 Satz 1 InsO in eine Geldforderung umzurechnen. § 103 InsO begründet ein solches Rückforderungsverlangen nicht selbst[25]. Ein Anlaß jedoch, den Wortlaut von § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einschränkend zu interpretieren und die nach bürgerlichem Recht aus Nichterfüllung über das Verbindungsglied Rücktritt oder Kündigung (soweit die Vorleistung für die Zeit nach Eröffnung gedacht war) ebenfalls hervorgehende Rückgewähr von den Folgeansprüchen auszunehmen, besteht nicht. Die Rückabwicklung entzieht wegen § 45 Satz 1 InsO wie die Schadensersatzabrechnung der Masse allein Geld, keinen nicht in Geld bestehenden Gegenstand. Es handelt sich also letztlich nur um eine abweichende Berechnung der vom Geschäftsgegner anzubringenden Insolvenzforderung. Die Berechnung als Rückgewähr fällt dem Gegner eventuell leichter als die Bestimmung seines Schadens. Auch kann es sein, daß die erzielbare Summe höher liegt.

1108 Mit der Rücktritts- oder Kündigungserklärung legt sich der Gegner noch nicht endgültig fest. Er kann immer noch Schadensersatz begehren oder den an dessen Stelle tretenden Aufwendungsersatz (§ 325 BGB; § 314 Abs. 4 BGB). Nicht hingegen ist ihm Kombination mit dem Anspruch auf das Surrogat (§ 285 BGB) möglich; denn dieser Anspruch setzt Fortbestand des Geschäfts voraus.

c) Keine generelle Weiterentwicklung von Geschäften

1109 Die Gelegenheit zur **Umgestaltung des Geschäfts** nach den gewöhnlichen Regeln des materiellen Rechts hat der Geschäftsgegner allerdings nur aufgrund der vom Gesetz besonders geregelten Schwebesituation. Wo das Insolvenzrecht weder den Abbruch eines Geschäfts eigens anordnet oder ermöglicht noch eigens die Fortsetzung bestimmt, gilt die Regel, daß die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Ansprüche gegen den Schuldner auf dem erreichten Entwicklungsstand einfriert. Der Gläubiger ist nun Insolvenzgläubiger. Er macht den bei Eröffnung bestehenden Anspruch und nur diesen gemäß §§ 174 ff. InsO geltend, gegebenenfalls umgerechnet (§ 45 InsO) oder abgezinst (§ 41 InsO). Die Insolvenzforderung ist ihrer Entwicklungsfähigkeit zugunsten »gemeinschaftlicher«, das heißt gleichmäßiger Befriedigung (§§ 1 Satz 1, 87 InsO) beraubt.

1110 Man stelle sich beispielsweise vor, daß ein Käufer schon im voraus vollständig zahlte und bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Verkäufervermögen die Lieferung noch aussteht. Der Käufer kann nun nicht mehr durch Rücktritt wegen Nichterfüllung (§ 323 Abs. 1 BGB) eine Forderung auf Rückzahlung des Kaufgeldes (§ 346 Abs. 1 BGB) als Masseforderung nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO oder (wegen Wurzel im vor Eröffnung getätigten Kauf) immerhin als Insolvenzforderung erzeugen. Ein bis zur Eröffnung noch nicht eingetretener Schuldnerverzug des insolventen Verkäufers tritt auch nach Eröffnung im Verhältnis zum Verwalter nicht mehr ein.[26] Wohl aber setzt sich der Zinslauf aus einem schon vor Eröffnung eingetretenen Verzug fort (mit allerdings nur nachrangiger Bedienung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Auch können sich einzelne Schadensposten zu einem schon vor Eröffnung dem Grunde nach entstandenen Ersatzanspruch wegen Pflichtverletzung noch während des Insolvenzverfahrens entwickeln. Ferner wird man wegen der Auswirkungen auf andere Rechtsbeziehungen die Insolvenzforde-

25 *Kroth*, in: *Braun*, § 103 InsO, Rn. 61.

26 Vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 165/02, DZWIR 2004, 200, 201, mit Anm. *Becker*, DZWIR 2004, 202, 202, 204.

rung noch als entwicklungsfähig ansehen dürfen. Hat beispielsweise der Insolvenzgläubiger für den Fall des Schuldnerverzuges Deckung eines Garantiegebers oder eines Versicherers, so kann er zu diesem Zwecke den Verwalter gemäß § 286 BGB in Verzug setzen (ohne allerdings dadurch an der Bedienung im Insolvenzverfahren etwas zu ändern; allenfalls kann es sein, daß der Dritte die Position des Insolvenzgläubigers angesichts der Deckung mittels Abtretung oder Legalzession übernimmt).

d) Aussonderung?

Rücktritt oder **Kündigung** können sogar, falls die Vorleistung des Gegners noch nicht vollkommen in das Schuldnervermögen eingegliedert war, dem Geschäftsgegner die Aussonderung (§ 47 InsO) oder Ersatzaussonderung (§ 48 InsO) eröffnen[27]. Die Wahl der Nichterfüllung allein rechtfertigt das Aussonderungsbegehren hingegen im Grundsatz noch nicht[28]. Denn der noch bestehende Vertrag bleibt bis auf weiteres Grundlage dafür, daß der vom Gegner schon gewährte Gegenstand dem Schuldnervermögen zwar nicht vollkommen (dann käme Aussonderung ohnehin nicht in Betracht), aber in einem dem bisherigen Abwicklungsstand entsprechenden Teilaspekt zugeordnet ist. So gibt beispielsweise der vom Schuldner getätigte Kauf der Masse weiterhin das Besitzrecht an der vom Gegner unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware. § 449 Abs. 2 BGB macht ausdrücklich die Rücklieferung unumgänglich vom Rücktritt abhängig. Eine Ausnahme für das Insolvenzverfahren macht die Vorschrift nicht, obwohl sonst das Kaufrecht Besonderheiten bei Insolvenz kennt (siehe § 471 Fall 2 BGB betreffend Vorkauf). 1111

Ohne **Auflösung** des **Vertrages** ist Aussonderung allerdings dann möglich, wenn der Vertrag den Eingang des fraglichen Gegenstandes in die Schuldnersphäre ohnehin nicht als einen vollkommenen und endgültigen dachte. Beispiele sind die Aushändigung einer wartungsbedürftigen Sache an den Schuldner als Werkunternehmer oder einer beweglichen Sache an den Schuldner als Mieter (beachte: §§ 108 Abs. 1 Satz 1, 109 InsO betreffen nur gemietete Immobilien). 1112

e) Rückfluß zur Masse

Umgekehrt ist auch eine Vorleistung des Schuldners an den Gegner von diesem grundsätzlich nur nach Rücktritt oder Kündigung zu erstatten. Ohne Lösung vom Vertrag holt der Verwalter aber Gegenstände zurück, die ohnehin nicht endgültig beim Gegner verblieben wären. Fraglich ist, ob der Gegner sich, wenn der Verwalter nichts zurückfordert, das vor dem Konkurs Empfangene auf seinen Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzanspruch anrechnen lassen muß[29]. Es handelt sich hierbei um nichts anderes als die Frage nach der Berechnung des Schadens oder der Aufwendungen. Die Wahl der Berechnung steht aber nicht dem Vertragsbrüchigen, sondern dem Geschädigten zu (siehe insbesondere § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Insolvenzverfahren ändert daran nur, daß der Verwalter mit seiner Entscheidung für Nichterfüllung den Vertrag immer nur im Ganzen, nicht teilweise bricht. Die Schadensersatzberechnung und daher auch die Berechnung frustrierter Aufwendungen knüpft deswegen immer an die ganze Leistung an. Löste der Gegner wegen Nichterfüllung 1113

27 *Berscheid*, in: *Uhlenbruck*, § 103 InsO, Rn. 91. Siehe auch *Tintelnot*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 103 InsO, Rn. 93, zur Herausgabe wegen Fortfalls eines Rechts zum Besitz.

28 So aber *M. Huber*, in: MünchKomm, § 103, Rn. 177.

29 So *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 655.

den Vertrag auf, so kann es nur noch um Ausgleich wegen der ganzen Leistung gehen. Die Teilleistung des Schuldners ist nicht anzurechnen, sondern in die Masse zurückzugewähren. Anrechnung findet statt, wenn der Schuldner den Vertrag nicht auflöst und sich dann für Schadensersatz wegen des ausgebliebenen Leistungsteils (nicht gemäß § 281 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen der ganzen Leistung) entscheidet. Ist der Wert der vom Schuldner erhaltenen Teilleistung so groß, daß der Schuldner, wenn er seine eigene Leistung zurückhält, gar keinen Schaden hat, sondern einen Überschuß erzielt, muß er sogar den Überschuß als ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB) zur Masse erstatten[30]. Entscheidet sich der Gegner indessen für Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist er auch ohne Rücktritt gemäß §§ 346 Abs. 1, 281 Abs. 5 BGB zur Herausgabe der vom Schuldner erhaltenen Teilleistung verpflichtet. Dann gibt es keine Anrechnung.

f) Aufrechnung

1114 Da das Gesetz (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) den Gegner mit seinen aus Nichterfüllung folgenden Ansprüchen zum Insolvenzgläubiger macht, steht im gegebenenfalls gemäß § 94 InsO die Aufrechnung zu Gebote[31]. Diese Rückbeziehung auf die Zeit vor dem Insolvenzverfahren sollte man konsequenterweise auch für etwaige Gegenansprüche der Masse aufgrund der Nichterfüllung greifen lassen. Der Insolvenzgläubiger kann demnach gegen die Rückforderung einer vom Schuldner vor dem Konkurs erbrachten Teilzahlung (§§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB) mit seiner Schadensersatzforderung aufrechnen. Es steht dann nicht gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO entgegen, daß der Insolvenzgläubiger erst nach Konkurseröffnung der Masse verbindlich geworden sei.

4. Einzelne Fälle

a) Rückgewährschuldverhältnisse

1115 Die aus gegenseitigen Verträgen wegen Rücktritts (§ 349 BGB), Widerrufs (§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder wegen der Wahl von Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 5 BGB) noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Rückgewährschuldverhältnisse werden ebenfalls als schwebende Geschäfte im Sinne von § 103 InsO eingeschätzt, weil sie nur deren Umkehrung sind[32].

1116 Masseangelegenheit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO hingegen ist ein Rückgewährschuldverhältnis, welches erst nach Eröffnung entsteht, nachdem der Verwalter in einem schwebenden Geschäft Erfüllung wählte, dann aber diese Erfüllung nicht wirklich folgen ließ und deswegen den Geschäftspartner zum Rücktritt veranlaßte.

b) Unbare Zahlung

1117 »Zahlung« mittels Schecks, Lastschrift, Kreditkarte, auf Karte gespeicherten elektronischen »Geldes« oder mit Geheimzahl erledigt normalerweise eine Geldschuld weder als Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) noch als Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 Abs. 1 BGB). Sie geschieht

30 Vgl. zur Rückforderung eines zugunsten des ersatzpflichtigen Schuldners in der Differenzberechnung verbleibenden Überschusses *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 281 BGB, Rn. 20.

31 *Kroth*, in: *Braun*, § 103 InsO, Rn. 69. Siehe unten Rn. 1198.

32 Offen BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 165/02, DZWIR 2004, 200, 201, mit Anm. *Becker*, DZWIR 2004, 202 ff.; BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 – IX ZR 66/07, NJW 2009, 1414. Ablehnend *Muthorst*, KTS 2009, 467 ff.

vielmehr lediglich erfüllungshalber, wie sich für einige Fälle aus § 364 Abs. 2 BGB ergibt. Gerade dies kann die Schwebesituation im Sinne von § 103 InsO begründen – dann nämlich, wenn nach Beginn des Zahlungsversuches und vor dessen Erfolg das Insolvenzverfahren eröffnet wird und auch die zu bezahlende Leistung noch nicht vollständig erbracht ist. Ist nun der Schuldner Zahlungsempfänger, so kann der Verwalter auf den Gedanken verfallen, Erfüllung abzulehnen und dennoch das schon in seiner Hand befindliche Zahlungsmittel zu benutzen. Damit würde er aber die Masse ungerechtfertigt gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB bereichern. Es bestünde eine Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Nutzt er zunächst das Zahlungsmittel, liegt darin Erfüllungswahl oder zumindest der Anlaß dafür, eine Erfüllungsverweigerung als nach § 242 BGB treuwidrig zu bezeichnen.

Hiervon abgesehen wird man sogar vielfach sagen müssen, daß der Verwalter das in seiner Hand befindliche Zahlungsmittel, abhängig von dessen Bequemlichkeit und Sicherheit, nach Treu und Glauben bereits vor der Nutzung als Erledigung der Zahlungspflicht ansehen muß (nicht im Sinne von §§ 362 Abs. 1, 364 Abs. 1 BGB, aber im Sinne von § 103 Abs. 1 InsO) und dann kein Wahlrecht hat. Freilich entfällt der Einwand der Treuwidrigkeit, wenn das Zahlungsmittel sich nicht realisieren läßt; dann bleibt es bei der Wahl gemäß § 103 Abs. 1 InsO. 1118

c) Mangelhafte Leistung

aa) Zu den – im Sinne beiderseits noch offener Verpflichtung – schwebenden Geschäften zählt auch die noch **nicht ganz bezahlte mangelhafte** Kauflieferung oder Werkleistung, insbesondere Bauarbeiten des Schuldners. Denn Mangelfreiheit gehört zu der im Gegenseitigkeitsbezug stehenden Hauptpflicht des Verkäufers (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder Werkunternehmers (§ 633 Abs. 1 BGB). Wenn der Schuldner die Rolle des Verkäufers (Unternehmers) hatte und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der erste Kontakt des Käufers (Bestellers) mit dem Insolvenzverwalter eine Mängelrüge ist, so muß man das darauf vom Insolvenzverwalter gezeigte Verhalten sorgfältig auslegen. Verweigert der Verwalter eine vom Käufer (Besteller) gewünschte Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 634 Nr. 1 BGB), so kann das einmal auf seiner Einschätzung beruhen, daß kein Mangel vorliege und der Vertrag vom Schuldner bereits vollständig erfüllt sei. Aus dieser Sicht bedarf es dann gar keiner Wahl zwischen Vertragsfortsetzung und Nichterfüllung nach § 103 Abs. 1 InsO. Gleichwohl kann der Verwalter die Wahl hilfsweise treffen. Ein anderes Mal kann Verweigerung der Nachbesserung sich in Ablehnung der Vertragsfortsetzung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO erschöpfen, dabei mit Unerledigtsein des Geschäfts den Mangel anerkennend. 1119

bb) Hatte jedoch der Käufer oder der Besteller vor Eröffnung schon **vollständig gezahlt**, so fällt Mängelhaftung nicht unter die Regeln schwebender Geschäfte. In der Insolvenz des Verkäufers oder Unternehmers sind die Käuferansprüche oder Bestelleransprüche Insolvenzforderungen, weil sie im Keim bereits vor der Eröffnung mit dem Kauf oder dem Werkvertrag angelegt sind. Das gilt unabhängig davon, ob der Mangel noch vor Eröffnung sichtbar und gerügt wurde oder nur sichtbar oder nichts von beidem. Betroffen sind nicht nur der Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 634 Nr. 1 BGB) und der Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB). Betroffen sind auch diejenigen Ansprüche, welche erst aus weiteren Maßnahmen (Fristsetzung, Selbstvornahme), insbesondere aus einer Gestaltungserklärung (Rücktritt, Minderung; Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung), hervorgehen (§§ 437 Nr. 2 und 3, 634 Nr. 2–4 BGB). Doch müssen diese Maßnahmen noch vor der Eröffnung abgeschlossen sein, weil mit Eröffnung der Forderungsbestand seine Entwicklungsfähigkeit verlor. Nur wenn schon vor Eröffnung durch Rücktritt oder Wahl von Schadensersatz statt der Leistung ein Rückgewährschuldverhältnis entstanden war, gibt es hieraus Insolvenzforderungen.[33] 1120

d) Darlehen

Darlehensverträge (über Geld ebenso wie über Sachen) fallen ebenfalls unter § 103 InsO, wenn der Schuldner in der Rolle des Darlehensnehmers ist. Doch so steht es dem Gelddarlehensgeber 1121

33 Oben Rn. 1109 f.

frei, gemäß § 490 Abs. 1 BGB wegen Vermögensverschlechterung zu kündigen, sofern bei Vertragsschluß die Lage des Schuldners noch wesentlich besser war[34]. Ist hingegen der Schuldner in der Rolle des Darlehensgebers, sieht § 108 Abs. 2 InsO Fortsetzung des Geschäfts ohne Wahlmöglichkeit des Insolvenzverwalters vor[35].

e) Geschäfte eines vorläufigen Verwalters

1122 Keine Wahl nach § 103 Abs. 1 InsO hat der Verwalter, wenn das schwebende Geschäft von einem vorläufigen Verwalter mit alleiniger Verfügungsgewalt begründet war. Der Wortlaut von § 103 Abs. 1 InsO deckt zwar auch diesen Fall. Doch widerspräche Wahlfreiheit der in § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO vorgenommenen Einschätzung der so begründeten Pflichten als Masseverbindlichkeiten. Das Massegeschäft muß vielmehr in beiden Richtungen vollkommen abgewickelt werden.[36]

III. Entscheidung des Gesetzgebers mit oder ohne Änderungsmöglichkeit für den Verwalter

1123 Die schwebenden Geschäfte, bei denen der Gesetzgeber die Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch nicht dem Verwalter überläßt, sondern selbst trifft (§§ 104, 106 ff. InsO), sind teils Dauerschuldverhältnisse (z.B. § 108 InsO), teils einfache Leistungsbeziehungen (z.B. § 107 Abs. 1 InsO). Die gesetzliche Entscheidung geht bald auf Fortsetzung, bald auf Abbruch. Wo das Gesetz Fortsetzung anordnet, kann dies mit einem besonderen Kündigungs- oder Rücktrittsrecht des Verwalters oder des Geschäftsgegner verknüpft sein. Soweit dem Verwalter die Gestaltung zusteht, besteht dann eine ähnliche Situation wie bei Wahlfreiheit nach § 103 Abs. 1 InsO.

1124 Die nach §§ 104, 106 ff. bestehenden Handlungsmöglichkeiten hat im **Kleinverfahren** der Treuhänder (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Bei **Eigenverwaltung** liegen sie in der Hand des Schuldners (§ 279 Satz 1 InsO). Doch soll er im Einvernehmen mit dem Sachwalter handeln (§ 279 Satz 2 InsO). Bei Kündigung von Betriebsvereinbarungen und Betriebsänderungen (vgl. §§ 120 ff. InsO[37]) ist das Einvernehmen sogar unumgänglich (§ 279 Satz 3 InsO).

1. Abbruch

a) Fixkäufe

1125 Kraft Gesetzes abgebrochen werden Fixkäufe über Waren mit Markt- oder Börsenpreis und Fixgeschäfte über Finanzleistungen mit Markt- oder Börsenpreis (§ 104 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 InsO). Damit ist sofort Klarheit geschaffen und der Geschäftsgegner für anderweitige Disposition frei. Jeder Beteiligte hat nach bürgerlichem Recht Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 oder 283 BGB). Der Geschäftsgegner erhebt diesen Anspruch als Insolvenzgläubiger (§ 104 Abs. 1 am Ende, Abs. 2 Satz 1 am Ende, Abs. 3 Satz 2 InsO). Die Berechnung des Schadensausgleichs regelt § 104 Abs. 3 Satz 1 InsO. Damit entfällt – anders als bei § 103 InsO – die Alternative des Aufwendungsersatzes (§ 284 BGB) oder des Surrogates (§ 285 BGB).

34 Vgl. zur fristlosen Kündigung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 – XI ZR 50/02, NJW 2003, 2674 ff.

35 Siehe unten Rn. 1152.

36 *Hoenig/Löwy*, ZIP 2002, 2162 ff.

37 Siehe auch oben Rn. 189.

b) Aufträge

Abgebrochen werden auch vom Schuldner gemäß § 662 BGB erteilte Aufträge (§ 115 Abs. 1 InsO). Dem nachgebildet ist der – ungleich bedeutendere – Abbruch von Geschäftsbesorgungen (§ 675 Abs. 1 BGB), bei denen der Schuldner Dienstberechtigter oder Besteller ist (§§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO). Darunter leiden vor allem das Girokonto des Schuldners (der Girokontovertrag ist Zahlungsdiensterahmenvertrag nach § 675f Abs. 2 BGB), aber auch die Kommission (§ 383 Abs. 1 HGB) und die Spedition (§ 453 Abs. 1 HGB), das anwaltliche Mandat, das Geschäft mit einem Inkassounternehmen und das Geschäft mit einer Werbeagentur. All diese Geschäfte muß der Verwalter neu tätigen, wenn er an ihnen interessiert ist. Ein Girokonto wird regelmäßig unverzichtbar sein. Der Verwalter wird entweder ein neues Girokonto einrichten oder nach Absprache mit der Bank ein vom Gemeinschuldner eingerichtetes Girokonto behalten. Ohne besondere Vereinbarung zum Weiterführen zwischen Verwalter und Bank können Drittschuldner auf kein vom Gemeinschuldner eingerichtetes Girokonto mehr befreiend zahlen[38]. Ist der Schuldner natürliche Person, wird er vermutlich für seine beschlagfreien Geldflüsse ebenfalls ein neues Girokonto einrichten. 1126

aa) Der **einzelne Überweisungsauftrag** (er ist Zahlungsauftrag nach § 675f Abs. 3 Satz 2 BGB) ist eigentlich auch vom Abbruch bedroht. Doch sorgt die Ausnahmeregelung in § 116 Satz 3 InsO im Interesse glatter Abwicklung des Massenverkehrs für dessen Fortbestand. Davon zu trennen ist die Frage, ob der Zahlungsempfänger den noch vom Schuldner veranlaßten Geldzufluß nicht durch Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) wieder einbüßt. 1127

bb) Häufig liest man auch, daß ein **Kontokorrentverhältnis** (vgl. § 355 Abs. 1 HGB) in der Insolvenz eines der Beteiligten (des Rechnungführenden oder des Gegners) nach §§ 115 Abs. 1, 116 Satz 1 InsO ende[39]. Dem ist nicht generell beizupflichten, sondern nur insofern, als das Kontokorrent (je nach Absprache, die man im Bedarfsfall gemäß §§ 133, 157 BGB auslegen muß) vom Bestand der zugrundeliegenden Geschäftsbeziehung abhängt und diese Geschäftsbeziehung eventuell mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens abbricht. Die Kontokorrentabrede zum Girovertrag bei Insolvenz des Kontoinhabers endet dann in der Tat mit Konkurseröffnung. Auf den Eröffnungszeitpunkt findet eine letzte Saldierung statt. Diesen letzten Abschlußsaldo zu erstellen beziehungsweise anzuerkennen ist wegen der Auswirkung auf den Umfang der Masse oder den Bestand an Insolvenzforderungen schon Aufgabe des Insolvenzverwalters, nicht mehr des Schuldners. Je nachdem, zu wessen Gunsten der Saldo ausgeht, hat nun der Geschäftsgegner eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) oder die Masse eine Forderung gegen den Geschäftsgegner. Ein zugunsten der Masse lautender Abschlußsaldo wird von einer früheren Abtretung durch den Schuldner wegen der Blockade in § 91 InsO nicht mehr erfaßt[40]. Einen trotz Eröffnung noch vom Schuldner zu seinen Gunsten festgestellten Saldo kann der Geschäftsgegner, falls gutgläubig, gemäß § 82 InsO mit Wirkung gegen die Masse tilgen. 1128

Zwingend ist die Abhängigkeit der Kontokorrentbeziehung vom Abbruch eines schwebenden Geschäfts jedoch nicht. Denn das Kontokorrent kann auch im Nachlauf eines Geschäfts – etwa wegen der Sekundäransprüche – noch seinen Sinn haben und deswegen von den Partnern gewollt sein. Außerdem ist nie ausgeschlossen, daß eine abgebrochene Geschäftsbeziehung wiederbelebt wird – in der Insolvenz durch Erfüllungswahl des Verwalters oder durch neue Geschäfte. Endet das Kontokorrent nicht von selbst mit dem Eröffnungszeitpunkt, so kann es – wie auch ohne Insolvenz – von jeder Seite gekündigt werden (vgl. § 355 Abs. 3 HGB). 1129

Bei Kontinuität der Kontokorrentbeziehung muß freilich außer der Reihe ein Saldo auf den Eröffnungszeitpunkt erstellt und anerkannt werden (bei Rechnungsführung des Schuldners durch den Verwalter). Dieser Saldo darf auch nicht, wie das bis dahin wahrscheinlich stets der Fall war, sogleich wieder in die neue Periode vorgetragen werden, sondern bleibt isoliert (als eine Insolvenzforderung zugunsten des Geschäftsgegners oder als eine Forderung in der Masse zugunsten des Schuldners). Denn das Kontokorrent stößt wegen seiner Ähnlichkeit mit der Aufrechnung auch auf die Grenzen der Aufrechnung in § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO, wo die Eröffnung ebenfalls eine Trennlinie zieht. Die analoge Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ver- 1130

38 OLG Rostock, Urteil vom 31. Juli 2006 – 3 U 161/05, BKR 2007, 169 f.
39 Z.B. bei *Ott*, in: MünchKomm, § 116 InsO, Rn. 39. Vgl. auch *Kroth*, in: *Braun*, § 116 InsO, Rn. 12.
40 BGH, Urteil vom 25. Juni 2009 – IX ZR 98/08, DZWIR 2009, 425, 426.

langt daher (soweit nicht gemäß § 96 Abs. 2 InsO analog besonderer, Befriedigungsgleichheit störender Schutz für Abrechnungssysteme eingreift), daß neue Verbindlichkeiten des Geschäftsgegners des Gemeinschuldners in eine neue Periode einfließen. Die Ansetzung einer neuen Periode ist auch wegen der neue Ansprüche des Gegners notwendig, weil sonst Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten unterschieden wären. Gegebenenfalls müssen überdies vor Eröffnung begründete Forderungen des Geschäftsgegners wegen Eigenschaft als Masseschulden nach § 55 Abs. 2 InsO in die neue Periode eingestellt und dafür schon beim Abschluß auf den Eröffnungszeitpunkt ausgetrennt werden (es entstehen dort also zwei Teilsalden – ein isoliert bleibender Teilsaldo aus den Geschäften um die Insolvenzforderungen und ein dann doch vorzutragender Teilsaldo aus den Geschäften mit den Masseschulden).

1131 cc) Aufträge an den Schuldner bleiben vorerst bestehen. Widerruf und Kündigung richten sich nach § 671 Abs. 1 BGB. Geschäftsbesorgungsverträge, die der Schuldner als Werkunternehmer einging, unterfallen der Wahl nach § 103 InsO. Übernahm der Schuldner Geschäftsbesorgung im Wege eines Dienstvertrages, so ergibt sich vorläufiger Fortbestand aus § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO.

c) Vollmachten

1132 Vom Schuldner erteilte Vollmachten (§ 167 BGB) erlöschen mit Eröffnung (§ 117 Abs. 1 InsO). Dies ergänzt den Schutz der Masse aus §§ 80, 81, 91 Abs. 1 InsO. Es entfällt deshalb auch nur eine Vertretung zu Lasten (und zugunsten) der Masse. Ist der Verwalter an weiterer Tätigkeit des Vertreters interessiert, wird er die Vollmacht neu erteilen. Vertretung im beschlagfreien Handlungsbereich des Schuldners bleibt hingegen ohne Unterbrechung durch § 117 InsO möglich.

1133 aa) Das Erlöschen hinsichtlich der Masse ergibt sich gemäß § 168 Satz 1 BGB auch aus Kopplung der Vollmacht an die Rechtsbeziehung, aufgrund deren der Bevollmächtigte tätig werden soll, falls diese Rechtsbeziehung mit Konkurseröffnung endet (insbesondere gemäß §§ 115, 116 InsO). Eigenständige Bedeutung hat § 117 Abs. 1 InsO insbesondere bei Insolvenz eines Unternehmens mit einer Vielzahl von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, deren Dienstverhältnisse mit dem in Konkurs gefallenen Arbeitgeber gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO fortbestehen. Die organschaftliche Vertretung durch Vorstände oder Geschäftsführer ist von § 117 InsO nicht berührt. Sie endet schon nach § 80 Abs. 1 InsO wegen Übergangs der Verfügungsgewalt vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter.

1134 Fortfall der Vollmacht gibt Raum für die allgemeinen Regeln über die Vollmacht kraft **Rechtsscheins** (besser: über die Zurechnung des Scheins einer Vollmacht so, als ob wirklich eine Vollmacht erteilt sei)[41]. Erheblich ist aber nur ein Anschein, den der Verwalter hätte verhindern können, oder eine Duldung durch den Verwalter. Bei der gesetzlichen Rechtsscheinshaftung für Laden- oder Lagerangestellte nach § 56 HGB ist das ohne weiteres der Fall, sobald nur das Geschäft in der Masse ist. § 56 HGB hilft insbesondere darüber hinweg, daß vielleicht der Verwalter einem bis zur Eröffnung gemäß § 54 HGB Handlungsbevollmächtigten nicht umgehend wieder Vollmacht erteilte.

1135 Das Verhalten des Schuldners genügt nicht, um eine Zurechnung von Anschein oder Duldung mit Wirkung auf die Masse zu begründen. So wie er nicht selbst über die Masse zu verfügen vermag (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO), so kann es auch sein wirklicher Vertreter nicht (§ 117 InsO). Der bloße Schein einer Vertretungsmacht aber erzeugt keine stärkeren Wirkungen als wirkliche Vertretungsmacht. Und der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Schuldners überhaupt ist nicht geschützt. Ausnahmen machen nur das Immobiliengeschäft und ähnliche Geschäfte gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO, wo konsequenterweise auch Vertretung und scheinbare Vertretung des Schuldners möglich sind.

1136 bb) Ähnlichkeit mit Geschäftsbesorgung und Vollmacht hat die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters. Deswegen regelt das Gesetz die Erstattungsansprüche eines geschäftsführenden Gesellschafters in der Auflösung der Gesellschaft wegen Insolvenz eines Gesellschafters (z.B. § 728 Abs. 1 Satz 1 BGB) in unmittelbarer Nachbarschaft (§ 118 InsO). Wohlgemerkt geht es dabei nicht um die Insolvenz der Gesellschaft. Dort wäre Organschaft kein schwebendes Ge-

41 Zu Anscheins- und Duldungsvollmacht siehe *Hübner*, Allgemeiner Teil, Rn. 1282 ff.

schäft. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen verlieren die Gesellschafter-Geschäftsführer nicht anders als fremde Geschäftsführer[42] sogleich ihre Fähigkeit zu wirksamer Tätigkeit im Gesellschaftsvermögen allein schon durch die Einsetzung des Insolvenzverwalters überhaupt (§ 80 Abs. 1 InsO). Hier bedarf es keiner ergänzenden Bestimmung.

Bei Auflösung der Gesellschaft wegen Insolvenz eines ihrer Gesellschafter hingegen bedarf der Klärung, ob der mittelbar im Interesse des insolventen Mitgliedes tätige Geschäftsführer diese Rolle noch weiter bekleide. Das Gesetz läßt im Grundsatz die Geschäftsführungsbefugnis zugunsten einer gemeinschaftlichen Zuständigkeit der Gesellschafter für die Abwicklung entfallen (§ 730 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB). Vertrag (§ 730 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 2 BGB), Unkenntnis (§ 729 Satz 1 BGB) oder Eilbedürftigkeit (§§ 727 Abs. 2, 728 Abs. 2 Satz 2 BGB) bilden Ausnahmen. Ansprüche auf Aufwendungsersatz wegen der eilbedürftigen Geschäfte (§§ 670, 713 BGB) erhebt § 118 Satz 1 InsO zu Masseschulden (obgleich es sich nicht unmittelbar um Geschäfte im Vermögenskreis des Schuldners handelt). In Unkenntnis von der Insolvenz getätigte Aufwendungen begründen immerhin Insolvenzforderungen (§ 118 Satz 2 Halbsatz 1 InsO). Der Anteil des insolventen Schuldners ist zur Unterstützung dieser Insolvenzforderung (aber auch für andere auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Insolvenzforderungen von Mitgesellschaftern) Absonderungsgut (§ 84 Abs. 1 Satz 2 InsO). **1137**

d) Vorauszessionen

Beschneidungen von Vorausabtretungen (§ 398 BGB), welche in die Zeit nach Eröffnung ragen, verfolgen unterschiedliche Ziele. Dabei bleiben die Anfechtungsvorschriften (§§ 129 ff. InsO) wie immer unberührt. **1138**

aa) Vorausabtretungen erfassen gemäß § 91 Abs. 1 InsO zwecks Masseerhalts keine Forderungen mehr, die erst nach der Eröffnung entstehen.[43] Das beugt Aussonderungs- und Absonderungsbegehren vor. Die Vorausabtretung lebt auch nicht etwa insofern zu Lasten der Masse wieder auf, als die zedierte Forderung einem schwebenden Geschäft entstammt und der Verwalter sie durch Erfüllungswahl (§ 103 Abs. 1 InsO), das heißt durch Leistung aus der Masse (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 InsO), werthaltig macht.[44] Wohl hingegen kann der Verwalter eine Vorausabtretung mitsamt dem schwebenden Geschäft, zu dessen Sicherung sie eingerichtet war, mit Erfüllungswahl wiederbeleben.[45] **1139**

bb) § 110 Abs. 1 InsO ergänzt die Regelungen zum Schutz der Masse vor Verfügungen des Schuldners in §§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 Satz 1, 91 Abs. 1 InsO. Die in § 110 Abs. 1 InsO angesprochene Kappung der Vorauszession von Mietzins oder Pachtzins ergibt sich allerdings nicht erst aus dieser Vorschrift[46], sondern bereits aus § 91 Abs. 1 InsO[47], wenn man die Mietzinspflicht aus dem schon vor Eröffnung geschlossenen Mietvertrag als für jeden Zeitabschnitt neu entstehend auffaßt, also einen Fall mehraktigen Erwerbs annimmt[48]. § 110 Abs. 1 InsO hat dann die Eigenschaft einer verdrängenden Sonderregelung[49]. Faßt man hingegen den Mietzinsanspruch als einheitlich bereits mit dem Mietvertrag für alle Zukunft begründet auf (was angesichts der Funktion des Vertrages vorzuziehen ist), so begrenzt tatsächlich erst § 110 Abs. 1 InsO die Reichweite der Vorausabtretung[50]. Jedenfalls verleiht § 110 Abs. 1 InsO der Vorauszession zum Schutz des sich um die Erfüllungswirkung seiner Zahlung sorgenden Mieters oder Pächters noch eine kurze Nachwirkung zu Lasten der Masse (vgl. auch §§ 407 Abs. 1 BGB, 82 **1140**

42 Zuvor Rn. 1133.

43 Siehe oben Rn. 921.

44 BGH, Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 165/05, ZIP 2008, 372, 374. Siehe auch oben Rn. 1102. Vgl. zum Werthaltigmachen oben Rn. 635.

45 Siehe oben Rn. 907, 1098.

46 So aber *Kroth*, in: *Braun*, § 110, Rn. 1.

47 *Eckert*, in: MünchKomm, § 110 InsO, Rn. 11.

48 Vgl. oben Rn. 921.

49 So BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – IX ZR 102/03, NJW 2007, 1588, 1589.

50 Auch *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 91 InsO, Rn. 21, nimmt an, daß Vorauszession von Miet- oder Pachtzinsforderungen keinen Fall von § 91 InsO darstellt.

InsO). Die Regelung ähnelt denjenigen in § 1124 Abs. 2 BGB betreffend Hypothekengläubiger, § 566b Abs. 1 BGB (§§ 57, 57b ZVG) betreffend Käufer (Ersteher). Die Vorausabtretung lebt nicht mit Ende des Insolvenzverfahrens wieder auf. Der Schuldner muß also für die Zeit nach dem Insolvenzverfahren eine neue Abtretung vornehmen – sofern er überhaupt noch etwas abzutreten hat, nachdem normalerweise das Renditeobjekt selbst im Insolvenzverfahren verwertet worden sein wird.

1141 cc) Für Arbeitseinkünfte stößt man auf ein ähnliches Zusammenspiel von Vorschriften. Die vor dem Insolvenzverfahren vorgenommene Vorausabtretung verliert für die Zeit seit Eröffnung ihre Wirkung gemäß § 91 Abs. 1 InsO, wenn man die Arbeitseinkünfte aus dem schon vor Eröffnung eingegangenen Dienstvertrag erst im jeweils zu vergütenden Zeitabschnitt entstehen sehen möchte; dazu stellt dann § 114 Abs. 1 InsO eine Sonderregelung dar, welche dem Arbeitnehmer bessere Möglichkeit gibt, für eine Kreditaufnahme Sicherheit durch Vorauszession zu bieten[51]. Sieht man die Forderung auf Arbeitsentgelt (vorzugswürdig) schon mit Begründung des Dienstverhältnisses entstanden, so ergibt sich die Kappung erst aus § 114 Abs. 1 InsO. Wie auch immer erzeugt § 114 Abs. 1 InsO eine gewisse Auslauffrist, in der die Gläubiger den Abfluß der Arbeitseinkünfte (gleichviel, wann der Schuldner das Arbeitsverhältnis begründet) hinnehmen müssen und so dem Dienstberechtigten Gewißheit über die Zahlungsadresse verbleibt. Es ist nicht vorgesehen, daß die Abtretung nach Ende des Insolvenzverfahrens wiederauflebt. Der Schuldner müßte seine Arbeitseinkünfte für die Zeit nach dem Insolvenzverfahren daher bei Bedarf neuerlich abtreten. Dem schiebt aber nun § 81 Abs. 2 Satz 1 InsO einen Riegel vor, und zwar gleichviel, ob es sich um das schon vor dem Insolvenzverfahren begründete Dienstverhältnis handelt oder ein neues. Diese noch über die Verfügungssperre des § 81 Abs. 1 InsO hinausreichende Beschneidung der Handlungsfreiheit dient, wie die Ausnahmeregelung in § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO zeigt, dazu, dem Restschuldbefreiungsverfahren Einkünfte vorzubehalten, die der Treuhänder gemäß §§ 287 Abs. 2 Satz 1, 292 Abs. 1 Satz 2 InsO für gleichmäßige Gläubigerbedienung während der Wohlverhaltensperiode benutzen kann. Die Ausnahmeregelung des § 114 Abs. 1 InsO gilt eng auf ihren Wortlaut begrenzt ausschließlich für Entgelte aus unselbständiger Tätigkeit (öffentlich-rechtliche Besoldungen freilich inbegriffen), nicht hingegen für Vergütung selbständiger Dienste.[52] Der Insolvenzverwalter kann deshalb den Schuldnerbetrieb schon vor Ablauf zweier Jahre stillegen, ohne sich dem Vorwurf auszusetzen, er höhle die Vorausabtretung aus[53].

e) Versicherungen

1142 Mit kurzer Auslauffrist bricht § 16 Abs. 1 VVG den Versicherungsvertrag in der Insolvenz des Versicherers ab. Sonderregelungen in § 77b VAG bleiben freilich unberührt (§ 16 Abs. 2 VVG).

f) Vorkaufsrechte

1143 Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht kann beim Verkauf oder Zwangsversteigerung (§§ 172 ff. ZVG) aus der Masse nicht ausgeübt werden (§ 471 Fall 2 BGB). Das dingliche Vorkaufsrecht ist jedoch beim Verkauf nutzbar (§ 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB).

g) Sicherheiten

1144 Die Frage nach Fortbestand von Sicherheiten für Ersatzansprüche wegen des Abbruchs ist wie nach Wahl der Nichterfüllung (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) zu beantworten[54].

51 BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – IX ZR 247/03, NJW 2006, 2485, 2486; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 – IX ZR 109/05, NJW 2007, 81 f.

52 BGH, NJW 2006, 2485, 2486 f.

53 BGH, NJW 2006, 2485, 2487.

54 Siehe oben Rn. 1095 ff.

2. Fortsetzung ohne besonderes Lösungsrecht

a) Immobiliengeschäfte

Immobiliengeschäfte des Schuldners, bei denen der Gegner noch vom Schuldner eine Vormerkung (§ 883 Abs. 1 Satz 1 BGB) erlangte (eventuell gutgläubig nach §§ 892, 893 BGB, 81 Abs. 1 Satz 2 InsO), sind wie vereinbart durchzuführen (§ 106 Abs. 1 InsO)[55]. Eine Vormerkung schützt, da sie nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB auch künftige Ansprüche zu sichern vermag, sogar die bloße Option auf einen Grundstückskauf: Wem der Schuldner ein unwiderrufliches Verkaufsangebot (§ 145 BGB) machte, der kann, sofern die Annahmefrist noch nicht verstrich (§ 148 BGB), trotz des Insolvenzverfahrens den Kauf durch Annahme (gegenüber dem Schuldner) zustandebringen und dann die Leistung des Grundstücks aus der Masse (§§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB, 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) fordern[56]. Wo es aber nicht allein am Geschäftsgegner liegt, das Verpflichtungsgeschäft perfekt zu machen, wo vielmehr auch der Schuldner sich noch zu erklären hatte, nützt die Vormerkung nichts. Denn der Schuldner kann wegen Verlusts der Verfügungsgewalt über sein Vermögen (§ 80 Abs. 1 InsO) keine Geschäfte mehr zu Lasten der Masse begründen. **1145**

b) Anwartschaftsrecht aus Lieferung unter Eigentumsvorbehalt

Insolvenzfest ist auch der Kauf vom Schuldner, wenn der Schuldner bereits unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB) geliefert hatte (§ 107 Abs. 1 InsO). Das Anwartschaftsrecht, dessen Erstarkung zum Vollrecht Eigentum allein in der Hand des Erwerbers liegt und von § 91 Abs. 1 InsO nicht behindert wird, schirmt also das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft mit ab. Dies gilt wegen der Herrschaft des deutschen Insolvenzrechts (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe e EuInsVO) auch dann, wenn die Ware sich im Ausland befindet und das deutsche Insolvenzverfahren über das Verkäufervermögen als ein Universalverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) dorthin ausstrahlt. Dabei bleibt aber noch zu prüfen, ob das gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB wegen der Belegenheit im Ausland einschlägige ausländische Privatrecht das Anwartschaftsrecht an der Ware kennt.[57] **1146**

c) Andere Anwartschaftsrechte

Der in § 107 Abs. 1 InsO eingerichtete Schutz aus Gewinnung eines Anwartschaftsrecht erscheint analogiefähig: **1147**

aa) Nicht nur der Kauf einer beweglichen Sache mit Lieferung unter Eigentumsvorbehalt, sondern auch sonstige Geschäfte sind insolvenzfest, wenn sie schon bis zum Empfang eines Gegenstandes unter aufschiebender Bedingung, deren Eintritt allein in der Macht des Empfängers liegt, gediehen, das heißt bis zu einem Anwartschaftsrecht. **1148**

bb) Wenn der Schuldner sich vor Konkurseröffnung mit dem Geschäftsgegner bereits über einen Rechtserwerb des Gegners an einem (bislang) dem Schuldner gehörendes Grundstück einigte (§ 873 Abs. 1 BGB) und der Antrag noch beim Grundbuchamt einging, so ist die Vollendung des Rechtserwerbs trotz des nun begonnenen Insolvenzverfahrens sachenrechtlich sichergestellt (§§ 878 BGB, 91 Abs. 2 InsO). Der Grundsatz der Bearbeitung nach Reihenfolge des Eingangs (§ 17 GBO) bewirkt überdies, daß das Grundbuchamt nicht den Insolvenzvermerk nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO vorzieht. Wie bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt ist Insolvenzfestigkeit Schutz auch des schuldrechtlichen Geschäfts anzunehmen. Der Verwalter kann sich daher nicht für Abbruch entscheiden. **1149**

55 Die Vormerkung im deutschen Grundbuch schützt den Anspruchsinhaber auch vor einem auswärtigen Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) über das Vermögen des Eigentümers. Siehe Art. 5 Abs. 3 EuInsVO.

56 BGH, Urteil vom 14. September 2001 – V ZR 231/00, NJW 2002, 213 ff.

57 Wenn umgekehrt im Ausland ein Hauptinsolvenzverfahren über das Verkäufervermögen begann und die Ware sich in Deutschland befindet, so genießt der Käufer nach Art. 7 Abs. 2 EuInsVO Fortsetzung des Kaufs und Entwicklung des Anwartschaftsrechts zum vollen Eigentum.

d) Miete, Pacht, Leasing, Dienst, Darlehen

1150 Einige – nicht schlechthin – Dauerschuldverhältnisse heißt § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO den Verwalter fortzuführen. Unter den dort erfaßten Geschäften stellt § 109 InsO einige außerordentlich lösbar. Bei den übrigen bleibt es bei der Fortsetzung zu den gewöhnlichen Bestimmungen des materiellen Rechts. Nachstehend ist zuerst die Fortsetzung gezeigt, dann die besondere Beendigung[58].

1151 aa) Von § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO angesprochen sind Miet- oder Pachtverträge (§§ 535, 581 BGB) über Immobilien, und zwar gleichviel, ob der Schuldner Vermieter (Verpächter) oder Mieter (Pächter) ist. § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO dehnt (in eher verschleiernder Wortwahl) die Fortsetzungsvorschrift auf Miete oder Pacht sonstiger Objekte aus, sofern der Schuldner Vermieter oder Verpächter ist und das Objekt zur Sicherheit einem finanzierenden Dritten übereignet oder abgetreten wurde. Diese Regelung betrifft vor allem das Finanzierungsleasinggeschäft über bewegliche Sachen, worin der Schuldner Leasinggeber ist. Hier strahlt die Sicherung des Kreditgebers auf das Geschäft (das Leasinggeschäft) aus, aus dem der Kredit bedient werden soll. Der Verwalter kann nicht anderweitig über das Objekt disponieren. Es entgeht aber dadurch der Masse angesichts der ohnehin bestehenden Sicherung des Kreditgebers an dem Objekt nichts; anderweitige Disposition würde aller Wahrscheinlichkeit keinen für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger nutzbaren Mehrerlös erbringen.[59] Stets ist vorausgesetzt, daß der Gebrauchsüberlassungsvertrag bei Konkurseröffnung nicht schon ausgelaufen ist und nicht bereits die Rückgabe der Sache ansteht[60]. Auf der anderen Seite soll nach der Rechtsprechung der Bestand des Mietverhältnisses nur dann geschützt sein, wenn dem Mieter die Sache bereits überlassen ist.[61] Diese einengende Auslegung von § 108 Abs. 1 InsO ist von der Vorstellung geprägt, das körperliche Innehaben drücke eine bessere Rechtsstellung aus. Heutigem, im Höchstmaß differenzierten Rechtsverkehr entspricht die nicht. Generell steht die Verläßlichkeit privatautonomer Absprachen im Mittelpunkt. Die Konkurseröffnung zerstört sie grundsätzlich. Wenn dann allerdings der Gesetzgeber eine Ausnahme anordnet und den Bestand des Geschäfts auch im Konkurs erhält, so erscheint eine Spaltung am Zeitpunkt des Invollzugsetzens unangebracht. Auch schon vor Empfang der Mietsache würde der Abbruch des Geschäfts eine schwere Beeinträchtigung der Planung bedeuten.

1152 bb) Von § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO angesprochen sind auch Dienstverträge (§ 611 BGB), wiederum ohne Rücksicht auf die Rolle des Schuldners darin. Beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) muß man jedoch die Auswirkungen auf Arbeitsverträge nach dem Insolvenzrecht desjenigen Staates ermitteln, der das Statut für den Arbeitsvertrag selbst bereithält (Art. 10 EuInsVO als Sonderregelung gegenüber Art. 4 EuInsVO); betroffen ist davon sowohl die Insolvenz des Arbeitnehmers als auch die des Arbeitgebers. Darlehensverträge bleiben nach § 108 Abs. 2 InsO ebenfalls aufrecht, wenn der Schuldner der Darlehensgeber ist[62]. Dies schützt den Darlehensnehmer (in Gelddarlehen wie in Sachdarlehen) vor vorzeitiger Abwicklung, welche auch ihn in die Insolvenz treiben könnte. Wenn die Fortsetzung des Darlehenvertrages das Insolvenzverfahren ungebührlich verzögern sollte, bietet sich freilich eine einvernehmliche Ablösung mit Neueinrichtung des Darlehens bei einem anderen Kreditgeber an.

1153 cc) Die Fortsetzung des Geschäfts ist stets Masseangelegenheit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO (in § 108 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 InsO klargestellt). Doch bleiben ähnlich wie nach § 105 Satz 1 InsO anteilig die Ansprüche für die Zeit vor Eröffnung Insolvenzforderungen (§ 108 Abs. 3 InsO); das korrespondiert mit der Beschränkung der Einstufung als Masseschuld auf die Zeit nach Eröffnung in § 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO.

58 Unten Rn. 1156 ff.
59 Siehe zum Sinn von § 108 Abs. 1 Satz 2 InsO *Sinz*, in: *Uhlenbruck*, § 108 InsO, Rn. 113.
60 Zu Herausgabe und Nutzungsentschädigung wegen Verzögerung siehe oben Rn. 975.
61 BGH, Urteil vom 5. Juli 2007 – IX ZR 185/06, NJW 2007, 3715, 3717 f.
62 Zum Schuldner als Darlehensnehmer siehe oben Rn. 1121.

e) Sonstige Geschäfte

Auch die Geschäfte, deren Fortsetzung das Gesetz nicht eigens feststellt, behalten ihren Bestand, sofern sie nicht unter die Wahlregelung nach § 103 Abs. 1 InsO oder unter besondere Abbruchvorschriften fallen. Die daraus entspringenden Ansprüche des Gegners sind bald Masseschulden (mit Abwicklung in Natur), bald bloße Insolvenzforderungen (mit Abwicklung nur in Geld gemäß § 45 InsO)[63]. 1154

f) Sicherheiten

Ob Sicherheiten weiterbestehen, beurteilt sich wie bei gemäß § 103 Abs. 1 InsO getroffener Wahl der Erfüllung[64]. 1155

3. Fortsetzung mit besonderem Lösungsrecht

Für bestimmte (nicht für alle) Konstellationen in den genannten Geschäften sieht das Gesetz besondere Möglichkeiten zur Lösung vom Geschäft vor, und zwar hauptsächlich mit Instrumenten bürgerlichen Rechts (Kündigung oder Rücktritt): 1156

a) Schuldner als Immobilienmieter oder -pächter

aa) Mietete oder pachtete der Schuldner eine Immobilie, so hat der Verwalter ein besonderes Kündigungsrecht mit gesetzlicher Frist[65] unabhängig davon, ob das Geschäft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit (eventuell mit vereinbarter längerer Kündigungsfrist) abgeschlossen war (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die vorzeitige Beendigung der Miete verhindert das Anwachsen von Masseschulden gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO sehr schnell. Ansonsten wäre der Verwalter auf ordentliche Kündigung angewiesen[66], und diese stünde nur beim Geschäft auf unbestimmte Zeit zur Verfügung (§ 542 Abs. 1 BGB, § 581 Abs. 2 BGB). Andererseits darf der Verwalter gemäß § 135 Abs. 3 InsO gegen Entschädigung die Herausgabe (das heißt: Aussonderung) verzögern, wenn es sich um ein Geschäft zur Gebrauchsüberlassung vom Gesellschafter an die nunmehr im Insolvenzverfahren stehende Gesellschaft handelt.[67] 1157

Die besondere Lösungsmöglichkeit könnte den Verwalter überdies auf den Gedanken bringen, die Miete nicht nur zwecks Schonung der Masse, sondern auch zur Liquidation einer Mietkaution[68] zu beenden. Die Mietkaution vermittelt dem Vermieter zwar ein Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO analog; hatte der Mieter die Kaution in Bargeld entrichtet, greift § 51 Nr. 1 Fall 1 InsO unmittelbar ein). Aber es kann sein, daß sich der Zugriff für die Masse lohnt, weil die Mietrückstände die Kaution nicht aufzehren (was freilich meistens doch der Fall ist). 1158

bb) Im Falle der Wohnraummiete steht der vorzeitigen Kündigung aber die Sonderregelung in § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO entgegen. Verlust der Wohnung wäre ein schweres Hindernis auf dem Weg zu einer neuen wirtschaftlichen Existenz des Schuldners. Der Verwalter kann deswegen nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO mit einer der Kündigung nachgebildeten Erklärung lediglich das Wohnungsmietgeschäft aus dem Insolvenzverfahren hinausschieben, das Geschäft sozusagen freigeben. Der Wohnungsvermieter ist dann für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO) beziehungsweise der Erklärungsfrist (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO) in der ungünstigen Rolle eines Neugläubigers. Ähnlich wie mit einer Kündigung verhindert der 1159

63 Siehe oben Rn. 1101 ff.

64 Siehe oben Rn. 1095 ff.

65 Grundsätzlich zählen Miet- und Pachtverträge zu den fortzuführenden Geschäften; siehe oben Rn. 1150 f.

66 Zur Zuständigkeit des Verwalters und nicht des Schuldners *Eckert*, in: MünchKomm, § 109 InsO, Rn. 45.

67 Siehe oben Rn. 975, 994.

68 Vgl. für die ursprüngliche Fassung der InsO, d.h. vor Einführung von § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, *Grote*, NZI 2000, 66 ff.

Verwalter auf diese Weise das Anwachsen von Masseschulden und beendet für die künftigen Mietzinsraten oder sonstigen Vermieteransprüche den Zusammenhang mit der Mietkaution.

1160 Eine bei unbestimmter Laufzeit mögliche ordentliche Kündigung reduziert das Gesetz indes nicht auf ein Abtrennungsrecht des Verwalters[69]. Liegt die Wohnung jedoch im Rahmen bescheidener Lebensführung und liegt auch die Kaution in diesem Rahmen, entspricht das Mietverhältnis also insgesamt dem, was der Schuldner ohnehin aus beschlagfreien Mitteln (§ 36 Abs. 1 InsO) finanzieren darf und muß, dann verbietet sich meiner Auffassung nach ein Eingriff durch den Verwalter. Das Mietverhältnis steht dann außerhalb des Massebeschlages, und es gibt weder die Trennungserklärung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO noch ordentliche Kündigung seitens des Verwalters.

1161 cc) Wegen der außerordentlichen Kündigung (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO) beziehungsweise wegen des Abdrängens auf die Stelle als Neugläubiger (§ 109 Abs. 1 Satz 2 InsO) genießt der Vermieter allerdings nach § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO Schadensersatz als Insolvenzgläubiger. Etwaiger Einnahmenausfall nach vorzeitigem Ende oder nach der Erklärung zur Aufspaltung des Wohnungsmietverhältnisses (jeweils bis zum gedachten frühestmöglichen Mietende nach einer ordentlichen Kündigung zu berechnen) trifft dann doch die Masse. Aber der Vermieter hat nicht den Vorzug des Massegläubigers, sondern muß sich in die Menge derjenigen stellen, die bereits mit einer Forderung ins Verfahren eintraten. Das ist eine Erweiterung von § 38 InsO, weil der Anspruch erst nach Eröffnung entsteht. Die Einstufung ist aber folgerichtig, weil der Schuldner die Basis, den Miet- oder Pachtvertrag, schon vor der Eröffnung legte. Zum Leidwesen des Vermieters (nicht nur einer Wohnung) oder Verpächters ist außerdem außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzuges (siehe §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 BGB) vor Eröffnung oder wegen Vermögensverschlechterung (§ 543 Abs. 1 BGB) bereits seit dem Eröffnungsantrag verschlossen (§ 112 InsO).

1162 Der Ersatzanspruch des Vermieters beschneidet die Hoffnung des Verwalters, aus der Mietkaution Ausschüttungsvolumen zu gewinnen. Da das Gesetz den Ersatzanspruch als Insolvenzforderung, also als Anspruch aus Zeit vor der Eröffnung, einordnet, muß konsequenterweise auch die vor Eröffnung hergestellte Sicherheit dem Ersatzanspruch dienen können. Das Absonderungsrecht deckt dann auch noch den Ersatzanspruch. Die Erstreckung des Sicherungszwecks auf die Ersatzforderung scheitert wegen der fiktiven Rückbeziehung auf die Zeit vor Eröffnung nicht an § 91 Abs. 1 InsO. Allenfalls könnte dem Vermieter (Verpächter) schaden, daß er in seinem Sicherungsvertrag mit dem Mieter (Pächter) den Sicherungszweck so eng gefaßt haben sollte, daß nach Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Ersatzanspruch nicht in den Sicherungszweck fällt.

1163 dd) War das Miet- oder Pachtgeschäft – mit dem Schuldner in der Rolle des Mieters oder Pächters – noch nicht mit Überlassung der Immobilie in Vollzug gesetzt, haben gemäß § 109 Abs. 2 Satz 1 InsO beide Seiten ein Rücktrittsrecht. Wohnraummiete ist selbst dann nicht ausgenommen, wenn der Schuldner seine frühere Wohnung bereits aufgab. Rücktritt des Verwalters macht den Vermieter (Verpächter) mit einem Schadensersatzanspruch zum Insolvenzgläubiger (§ 109 Abs. 2 Satz 2 InsO).

1164 ee) In der Insolvenz des Vermieters oder Verpächters gibt es kein besonderes Lösungsrecht[70]. Auch wenn der Schuldner die Rolle des Vermieters oder Verpächters einer Immobilie hatte, kann vorerst keine Seite sich vom Geschäft trennen. Ähnlich aber wie bei der Zwangsversteigerung einer Immobilie (§ 57a ZVG) kann nach Veräußerung durch den Verwalter (§ 80 Abs. 1 InsO oder § 159 InsO) ein Erwerber sich von dem übernommenen (§ 566 Abs. 1 BGB) Verhältnis durch Kündigung lösen (§ 111 InsO). Dieses außerordentliche Kündigungsrecht erhöht die Verwertungschancen.

69 *Eckert*, in: MünchKomm, § 109 InsO, Rn. 48.

70 Siehe auch BGH, Urteil vom 10. April 2002 – XII ZR 37/00, NZM 2002, 525 f.: Mieter hat kein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermietervermögen mangels Masse abgewiesen wird.

b) Schuldner als Arbeitgeber

War der Schuldner Dienstberechtigter, hat der Verwalter ebenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht (§ 113 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Dienstverpflichtete gewinnt daraus einen Schadensersatzanspruch auf der Stufe eines Insolvenzgläubigers (§ 113 Abs. 1 Satz 3 InsO). Diese Regelung betrifft sowohl freie Dienstverhältnisse als auch Arbeitsverhältnisse. Wenn also der Schuldner Arbeitgeber ist, so lockert seine Insolvenz den Kündigungsschutz des Arbeitsrechts. Der Betrieb gewinnt so zusätzlichen Handlungsspielraum zur Wiederherstellung seiner Funktionsfähigkeit. Gleichwohl bedarf es wie immer eines Kündigungsgrundes[71], und dem betroffenen Arbeitnehmer steht wie immer die Kündigungsschutzklage zur Verfügung (§ 113 Abs. 2 InsO). **1165**

Verhältnismäßig ausführliche Regelungen gelten der Kündigung von Betriebsvereinbarungen sowie der Vorbereitung und Durchführung einer Betriebsänderung einschließlich Sozialplan (§§ 120 bis 127 InsO[72]). Die Vorschriften knüpfen an die allgemeinen Regeln des Betriebsverfassungsrechts und des Kündigungsschutzgesetzes an. Insgesamt sind die Regeln auf Erleichterung für die Abwicklung angelegt. Die Erleichterungen genießt auch, wer den Betrieb aus der Insolvenz übernimmt (§ 128 Abs. 1 Satz 1 InsO). Dies ist ein Anreiz, der den potentiellen Erwerber die – mutmaßlich als Last empfundene – Übernahme der Arbeitsverhältnisse (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB)[73] als weniger drückend empfinden lassen mag. **1166**

71 *Wolf*, in: *Braun*, § 113 InsO, Rn. 8.

72 Vgl. oben Rn. 189 f.

73 Zur Frage nach Anwendung von § 613a BGB und § 25 HGB bei Betriebsveräußerung aus dem Insolvenzverfahren siehe unten Rn. 1332.

§ 26 Aufrechnung

Literatur: *Becker*, Begünstigen und Zurückdrängen der Aufrechnung unter laufendem Insolvenzverfahren, DZWIR 2005, 221 ff.; *Böhm*, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen, 2001; *Diepenbrock*, Die Verrechnung nach § 52 SGB I in der Insolvenz, ZInsO 2004, 950 ff.; *Ebert*, Aufrechnungsvereinbarungen nach bisherigem und neuem Insolvenzrecht, Diss. Heidelberg, 2000; *Eckert*, Aufrechnung im Mieterinsolvenzverfahren, NZM 2005, 33 ff.; *Ernst*, Aufrechnung von steuerrechtlichen Ansprüchen im Insolvenzverfahren, ZVI 2007, 409 ff.; *Grub/Smid*, Aufrechnung mit Forderungen aus Schuldverschreibungen in der Insolvenz des Schuldverschreibungsschuldners, DZWIR 2003, 265 ff.; *Häsemeyer*, Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 645 ff.; *Jacobi*, Die Aufrechnungsbefugnis des Rechtsanwalts in der Insolvenz des Mandanten, NZI 2007, 495 ff.; *Kieper*, Abwicklungssysteme in der Insolvenz, 2004; *Kinski*, Aufrechnung durch das Finanzamt in der Insolvenz des Steuerpflichtigen, 2006; *Lieder*, Zur (Un-)Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln in der Insolvenz, DZWIR 2007, 13 ff.; *Reher*, Insolvenzfestigkeit von Konzernverrechungsklauseln, ZInsO 2004, 900 ff.; *Ries*, § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO – ein Trojanisches Pferd?, ZInsO 2004, 1231 ff.; *Schaudinn*, Der Schutz vertraglicher Drittaufrechnungsbefugnisse im Insolvenzverfahren, 2006; *Tintelnot*, Zur Aufrechnung mit einer Nichterfüllungsforderung nach § 103 II 1 InsO, KTS 2004, 339 ff.; *Windel*, Die Unbeachtlichkeit von Konzernverrechnungsbefugnissen und wirkungsgleichen Drittaufrechnungsmöglichkeiten im Insolvenzverfahren, KTS 2004, 305 ff.

I. Problemlage

1167 1. Die Entscheidung des Gesetzes oder des Insolvenzverwalters zwischen Fortführung und Abbruch schwebender Geschäfte ist oben schon beschrieben[1]. In gewisser Weise liegt eine Schwebesituation auch dann vor, wenn sich im Schuldnervermögen ein Anspruch gegen einen Drittschuldner befindet, der seinerseits einen gleichartigen Anspruch gegen den Schuldner in der Hand hält. Hier stellt sich die Frage nach Aufrechnung (§ 387 BGB) oder Entwicklung einer Aufrechnungslage. Die Antwort hierauf geben jedoch weder §§ 103 ff. InsO noch die Grundsätze für die nicht von §§ 103 ff. InsO eigens geregelten Fälle unerledigter Schuldverhältnisse allein. Vielmehr folgt sie in bestimmten Konstellationen eigenen Regeln in §§ 94–96 InsO, in anderen Fällen bleiben die Regeln aus allgemeinen Erwägungen abzuleiten. Vereinzelt verweist das Regelwerk über schwebende Geschäfte ausdrücklich dorthin (§ 114 Abs. 2 Satz 2 InsO), ohne daß indessen die Anwendung von §§ 94–96 InsO in den übrigen Fällen ausgeschlossen wäre. Keine der Regeln zur Aufrechnung während Insolvenzverfahrens bestimmt die Aufrechnung von Grund auf neu. Vielmehr liefern stets §§ 387 ff. BGB die Anknüpfung. Ferner bauen die Regeln, insbesondere §§ 94–96 InsO, darauf, daß der Bestand der Ansprüche bereits geklärt ist. Ob diese Ansprüche innerhalb eines nach §§ 103 ff. InsO fortbestehenden Schuldverhältnisses liegen, sich aus einem Abbruch nach §§ 103 ff. InsO ergeben oder sonst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch oder erstmals in Erscheinung treten, ist zunächst einmal gleichgültig. Die Frage, ob Aufrechnung wegen des Insolvenzverfahrens problematisch sein könnte, bleibt stets dieselbe.

1168 2. Bei den Regeln über die Aufrechnung während des Insolvenzverfahrens geht es nun nicht darum, generell Aufrechnung während des Insolvenzverfahrens abweichend zu ordnen und etwa in gewisse Prozeduren zu lenken. Vielmehr ergeben sich

1 Siehe oben Rn. 1077 ff. (§ 25).

Besonderheiten aus dem Umstand, daß Aufrechnung im allgemeinen eine **ausnahmsweise** gestattete **Selbsthilfe** darstellt. Kompensation in einseitiger Gestaltungserklärung (§ 388 BGB) erspart Durchsetzung des Anspruchs mit Aufforderung, Titelerkämpfung und Zwangsvollstreckung. Deshalb ist die Frage nach der Aufrechnung während des Insolvenzverfahrens wie die Frage nach Einzelvollstreckung während des Insolvenzverfahrens (§§ 87 ff. InsO) ein Problem des Gleichmaßes in der Gläubigerbefriedigung (§ 1 Satz 1 InsO). Die Antworten müssen deshalb an derjenigen Forderung ansetzen, mit welcher ein Gläubiger aufrechnen will. Soweit danach masseberührende Aufrechnungen in Frage kommen, erwähnt der Verwalter sie in seinem Gläubigerverzeichnis (§ 152 Abs. 3 Satz 1 InsO)[2].

3. §§ 94 ff. InsO behandeln sowohl die allein vom Gesetz geordnete Aufrechnung als auch die vertraglich geregelte. Dabei erfährt die vertragliche Regelung im Prinzip denselben Respekt wie die gesetzliche Bestimmung zur Aufrechenbarkeit. Insbesondere enthalten §§ 94 ff. InsO keine Vorschrift, wonach vertragliche Ausdehnungen der Aufrechenbarkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens generell entfielen und allein die gesetzlichen Aufrechnungsregeln zugrundeliegen könnten. Die in §§ 94 ff. InsO zum Ausdruck gelangende Interessengewichtung muß allerdings gewahrt bleiben. Eine Konzernverrechnungsklausel ist hiernach nicht »insolvenzfest«[3]. **1169**

4. Nicht unmittelbar von §§ 94 ff. InsO ist eine zum Zeitpunkt der Eröffnung laufende Rechnung (vgl. § 355 Abs. 1 HGB) geregelt. Fortbestand oder Abbruch und gegebenenfalls Neueinrichtung des Kontokorrents zählt zu den Problemen schwebender Geschäfte[4]. Die Verrechnungswirkung beurteilt sich allerdings nach den gleichen Regeln wie eine Aufrechnung[5], insbesondere nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO[6]. Ein Saldo, der nicht wieder auf neue Rechnung vorgetragen wird, kann freilich, soweit Gegenforderungen außerhalb des Kontokorrents stehen, zur Aufrechnung nach den nachstehend behandelten Grundsätzen genutzt werden. **1170**

II. Aufrechnung mit anderer als Insolvenzforderung

Wenn der Gläubiger mit einer anderen als einer Insolvenzforderung aufrechnen möchte, braucht er – abgesehen von den Merkmalen des § 387 BGB und etwaigen Modifikationen aus einem Aufrechnungsvertrag – nur die Trennung zwischen Schuldnervermögen im Insolvenzbeschlag und beschlagfreiem Schuldnervermögen zu beachten. **1171**

1. Dem Neugläubiger des Schuldners steht Aufrechnung nur gegen Forderungen zu, über die der Schuldner frei verfügen darf. Nicht dagegen kann der Neugläubiger sich durch Aufrechnung von einer Pflicht zur Leistung in die Masse befreien (klargestellt in § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO; eigentlich deplaziert). Denn dies wäre eine Teilnahme an der Verteilungswirkung des Insolvenzverfahrens, die dem Neugläubiger gänzlich verschlossen ist. **1172**

Weiteres Hindernis für den aufrechnungslustigen Neugläubiger ist, daß die Gegenforderung des Schuldners, wenn sie denn insolvenzbeschlagfrei ist, regelmäßig (von weitergehender Freigabe durch den Verwalter abgesehen) nicht gepfändet (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO) und daher gemäß § 394 Satz 1 BGB nicht in die Aufrechnung gezogen werden kann. Ausnahmen wird man dort zuzulassen haben, wo der Anspruch des Neugläubigers gerade in einem Bereich liegt, für den die Beschlagfreiheit eingerichtet ist, nämlich in der notdürftigen Unterhaltung (z.B. der Mietzinsanspruch des Wohnungsvermieters oder der Kaufpreisanspruch des Lebensmittelhändlers). **1173**

2 Zum Gläubigerverzeichnis oben Rn. 936 f.

3 Siehe unten Rn. 1196.

4 Siehe oben Rn. 1128 ff.

5 Siehe oben Rn. 606, 626, 1018.

6 Gleichbehandlung von Aufrechnung und Verrechnung im Kontokorrent auch in BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 – IX ZR 120/04. ZIP 2007, 1467, 1468.

1174 Die gesetzliche Ausnahme vom Aufrechnungsverbot für die Finanzdienstleister in der Insolvenz eines der ihren (§ 96 Abs. 2 InsO), bis zum Ende des Eröffnungstages reichend, ist technische Erleichterung, aber systematisch verfehlt. Nutznießer sind die übrigen Finanzdienstleister. Deren Kunden profitieren mittelbar davon. Die Glättung nicht genau mit Eröffnung, sondern bis zum Ende des Eröffnungstages hat Ähnlichkeit mit der Aufrechterhaltung von Zahlungsaufträgen (§ 675f Abs. 3 Satz 2 BGB) und verwandten Bankgeschäften in der Insolvenz des Geschäftsherrn (§ 116 Satz 3 InsO); dieser Geschäftsherr ist entweder ein Kunde (so zumeist beim Überweisungsvertrag) oder selbst ein Finanzdienstleister (bei Übertragungsverträgen ausschließlich).

1175 2. Ebensowenig kann ein Massegläubiger sich Befriedigung verschaffen, indem er die Aufrechnung gegen einen freien Anspruch des Schuldners erklärt. Solche Aufrechnung würde zwar die Masse schonen, so daß kein Konflikt mit dem Gebot der Gleichmäßigkeit vorläge. Sie verkürzte aber die vom Insolvenzverfahren nach § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO zu belassende Beschlagfreiheit und liefe daher der Balance zwischen Gläubigerinteressen und Schuldnerbelangen zuwider. Nach § 394 Satz 1 BGB entfällt Aufrechnung deshalb. Mit anderen Worten schlägt der in § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO angeordnete Gleichlauf von Pfändbarkeit und Massebeschlag im Insolvenzverfahren auf die Aufrechnung durch.

1176 Eine Ausnahme vom Gleichlauf der Aufrechenbarkeit mit der Massezugehörigkeit wird man dann machen müssen, wenn die Forderung des Schuldners gegen den Massegläubiger nicht wegen Unpfändbarkeit außerhalb der Masse liegt, sondern weil der Verwalter sie freigab. Des Schutzes nach § 394 BGB bedarf der Schuldner in dem Falle nicht. Der Aufrechnung durch den Massegläubiger schadet nicht, daß der Schuldner seinerseits nicht über die Masseverbindlichkeit verfügen darf. Es genügt, daß er überhaupt aus seinem Vermögen auf ihre Erfüllung haftet, um die zur Aufrechnung notwendige Personengleichheit mit der zur Disposition des Schuldners stehenden Forderung gegen den Massegläubiger herzustellen.

1177 Unbeschränkt kann der Massegläubiger sich mittels Aufrechnung seine eigene Leistung in die Masse ersparen. Eine vorübergehende Sperre wie für die Zwangsvollstreckung (vgl. § 90 Abs. 1 InsO) kennt das Gesetz nicht.

1178 3. Der Schuldner selbst kann zwar wegen Verlusts der Verfügungsbefugnis (§ 80 Abs. 1 InsO) nicht mit Masseforderungen aufrechnen. Aber seine beschlagfreien Forderungen kann er zur Aufrechnung benutzen. Damit vermag er vor allem Neugläubiger zu befriedigen. In seiner Privatautonomie steht es ihm aber auch frei, seine Lebensführung noch weiter einzuschränken, als es der Insolvenzbeschlag erfordert, und seine beschlagfreie Forderung zur Kompensation einer Masseverbindlichkeit oder einer Insolvenzforderung zu verbrauchen.

1179 4. Der Verwalter kann eine in der Masse vorgefundene oder erst unter seiner Verwaltung entstandene Forderung der Masse gegen eine Masseverbindlichkeit aufrechnen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus seiner Bewirtschaftungsaufgabe (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO). Dabei ist gleichgültig, ob die Masseverbindlichkeit ihren Ursprung wirklich erst nach Eröffnung nahm (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) oder ob es sich um eine Masseverbindlichkeit handelt, die aus einem Geschäft vor Eröffnung hervorging (z.B. nach § 55 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO).

1180 Nicht hingegen kann der Verwalter eine Masseverbindlichkeit erledigen, indem er dem Schuldner mittels Aufrechnung eine beschlagfreie Forderung aus der Hand schlägt. Ebensowenig kann der Verwalter eine Masseforderung gegenüber einem Neugläubiger aufrechnen. Der Neugläubiger steht im beschlagfreien Teil der Schuldnersphäre. Dorthin reicht die Verfügungsgewalt des Verwalters nicht.

1181 Rechtlich wirksam wiederum wäre die Aufrechnung des Verwalters mit einer Masseforderung gegenüber einem Insolvenzgläubiger (gleichviel, ob dieser seinerseits aufrechnungsbefugt ist oder nicht[7]). Denn sowohl die Abwicklung von Massegeschäften als auch die Bedienung von Insolvenzgläubigern liegt im Aufgabenbereich des Verwalters. Mit der Verquickung verzerrte der Verwalter aber das im Insolvenzverfahren verfolgte Gleichmaß der Befriedigung. Er verstieße gegen seine Amtspflichten und machte sich den übrigen Insolvenzgläubigern schadensersatzpflichtig (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO).

7 Dazu sogleich Rn. 1182 ff.

III. Aufrechnung mit Insolvenzforderung

1. Absonderungsähnliche Aufrechnung trotz Insolvenzverfahrens

a) Anwendungsgebiet der besonderen Regeln in §§ 94 ff. InsO ist die Aufrechnungserklärung des Insolvenzgläubigers. Sollte ein Insolvenzgläubiger sich mittels Aufrechnung einer eigenen Pflicht zur Leistung in die Masse entziehen, so bräche er die vom Insolvenzverfahren erzwungene Solidarität. Er würde sich nicht mit einer bloßen Befriedigungsquote begnügen, sondern genösse zu Lasten der übrigen Insolvenzgläubiger volle Befriedigung, soweit seine eigene Schuld reicht. Anders ausgedrückt würde sich der Insolvenzgläubiger wegen seiner Verpflichtung gegen die Masse auf die Ebene eines Massegläubigers hinaufschwingen. Damit ersparte er sich auch Anmeldung und Prüfung der Insolvenzforderung (§§ 174 ff. InsO). **1182**

b) Dieses Vorbeidrängen an den übrigen Insolvenzgläubigern gestattet § 94 InsO tatsächlich, wenn nur die Aufrechnungslage bei Eröffnung bereits bestand. Das Gestaltungsrecht beim unberechenbaren Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht ausgeübt zu haben, soll dem Gläubiger nicht zum Nachtel gereichen. Da das Gesetz noch nach Eröffnung die bislang ungenutzte Chance zur Befriedigung beläßt, sucht man ein Aufrechnungsverbot vergeblich unter den ausdrücklich angebotenen Maßnahmen zur Massesicherung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 InsO[8]. Von der Generalermächtigung in § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO wäre ein vorläufiges Aufrechnungsverbot freilich gedeckt. **1183**

Das Gesetz differenziert bei dem Erhalt des Aufrechnungsrechts nicht zwischen gewöhnlichen und nachrangigen Insolvenzforderungen. Insbesondere dem darlehengebenden Gesellschafter der insolventen Gesellschaft (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) steht daher noch die Aufrechnung zu. Ebensowenig unterscheidet § 94 InsO danach, ob die Aufrechnungslage sich schon aus dem Gesetz ergab oder erst aus einem die Aufrechnung begünstigenden Aufrechnungsvertrag[9]. Im Grundsatz genießt auch die vertraglich über § 387 BGB hinaus zugebilligte Aufrechnungsmöglichkeit im Insolvenzverfahren zu Lasten der übrigen Gläubiger Anerkennung[10]. Erschwernisse eines Aufrechnungsvertrages gelten freilich ebenfalls. Der Aufrechnungsvertrag wirkt ohne weiteres in das Insolvenzverfahren hinein. Er ist mangels Synallagmas kein nach § 103 Abs. 1 InsO in die Disposition des Verwalters fallendes schwebendes Geschäft. Die Aufrechnungsmöglichkeit wird sogar noch dann gemäß § 94 InsO konserviert, wenn ein Insolvenzplan zustande kommt. Eine gemäß § 254 Abs. 1 Satz 1 InsO mit Rechtskraft der gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans wirksam werdende Stundung oder Kürzung der Insolvenzforderung hindert den Insolvenzgläubiger (vorbehaltlich abweichender Einzelabsprache) nicht an Aufrechnung gemäß dem ursprünglichen Zuschnitt seiner Forderung. Das Insolvenzplanverfahren ist Teil des in § 94 InsO insgesamt angesprochenen Verfahrens, welches die Aufrechnung nicht beeinträchtigt.[11] **1184**

Darüber hinaus ist Aufrechnung sogar dann **noch möglich**, wenn erst nach Eröffnung die schon im Keim vor Eröffnung angelegte Aufrechnungslage heranreift (§ 95 Abs. 1 Satz 1 InsO). Es muß nur diese Reife sich noch entwickeln (§ 95 Abs. 1 Satz 1 InsO) – und zwar gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 InsO wirklich, nicht lediglich durch Vorwegnahme der Fälligkeit (§ 41 Abs. 1 InsO), Ignorieren der Leistungsverschiedenheit (§ 45 InsO) oder Ermittlung eines Gesamtbetrages (§ 46 InsO). Die Regeln der Insolvenzordnung zur Aufrechnung schützen die vor dem Insolvenzverfahren **1185**

8 Vgl. oben Rn. 696 ff.

9 Siehe schon oben Rn. 1169.

10 BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 – IX ZR 224/03, ZInsO 2004, 973. Siehe bereits oben Rn. 1169.

11 OLG Celle, Urteil vom 23. Dezember 2008 – 14 U 108/08, ZInsO 2009, 832 f.

begründete Hoffnung des Insolvenzgläubigers darauf, daß sich die Aufrechnungslage ungestört entwickeln möge. Das Insolvenzverfahren soll diese Hoffnung nicht zunichte machen. Die gerade nur durch das Insolvenzverfahren eintretende Beschleunigung der Forderungsreife und die Reduzierung auf Geldwert zählt nicht zu dem, was der Gläubiger sich bei Fernbleiben des Konkurses erhoffen darf. Der Insolvenzgläubiger muß nicht besser als ohne Konkurs, sondern soll lediglich nicht schlechter als ohne Konkurs stehen. Freilich scheint nach dem Wortlaut von § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO auf der anderen Seite eine Erschwernis gegenüber § 387 BGB darin zu liegen, daß die Masseforderung, gegen die der Insolvenzgläubiger aufrechnen möchte, ihrerseits schon durchsetzbar sein müsse; das ist aber als nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt unbeachtlich[12]. Will der Insolvenzgläubiger hingegen von Vorwegnahme der Fälligkeit und Umrechnung einer Nichtgeldforderung in eine Geldforderung profitieren, so ist er auf den steinigen Weg der Forderungsanmeldung (§§ 174 ff. InsO) angewiesen. Für die Aufrechnung gibt es nur die Erleichterung bei Währungsverschiedenheit gemäß § 95 Abs. 2 InsO. Gemäß § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO genießt der Gläubiger schließlich dann keinen Schutz, wenn die Insolvenzforderung später fällig wird als die Masseforderung. Denn auch ohne Konkurs hätte der Gläubiger sich nicht auf die Entwicklung der Aufrechnungslage zu seinen Gunsten verlassen dürfen, vielmehr mit pünktlicher Inanspruchnahme durch den Schuldner rechnen müssen.[13]

1186 c) Aus §§ 94 f. InsO wird deutlich, daß das Gesetz die Aufrechnungslage und die Entwicklungsmöglichkeit einer solchen als dem Absonderungsrecht (§§ 49–51 InsO) ähnlich ansieht. Es will dem Insolvenzgläubiger die Aussicht auf sichere Erfüllung nicht nehmen.[14] Wenn § 95 Abs. 1 Satz 2 InsO bestimmt, daß das in der Aufrechnungslage geschützte Vorzugsrecht nicht durch Beschleunigung der Fälligkeit nach §§ 41, 46 Satz 1 InsO oder Umrechnung nach §§ 45, 46 Satz 2 InsO verstärkt werde, so entspricht das ebenfalls der Behandlung von Absonderungsrechten. Deren Reife wird nicht grundsätzlich schon durch die Verfahrenseröffnung herbeigeführt.

1187 Die Konservierung liegt gleichauf mit derjenigen bei Forderungspfändung (§ 392 BGB gegenüber § 829 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dafür nimmt das Gesetz Masseschmälerung durch Wegfall der Leistung des Insolvenzgläubigers hin. Folgerichtig entfällt Aufrechnung, wenn die Insolvenzforderung später unbedingt und fällig wird als die Forderung der Masse (§ 95 Abs. 1 Satz 3 InsO; zu mißbilligende Ausnahme im Bereich der Finanzdienstleistung bis zum Ende des Eröffnungstages nach § 96 Abs. 2 InsO). Denn hier durfte der Insolvenzgläubiger sich nach den materiell-rechtlichen Erfordernissen nicht auf künftige Aufrechenbarkeit verlassen.

1188 Die Ähnlichkeit mit Absonderung geht freilich nicht so weit, daß der Gesetzgeber den Insolvenzgläubiger veranlaßte, die Aufrechnung anzukündigen oder sich zwischen Verzicht auf die Aufrechnung und Teilnahme nur mit der nach Aufrechnung noch verbleibenden Restforderung zu entscheiden. Parallelen zu §§ 28 Abs. 2, 52 InsO sind dem Gesetz weder unmittelbar noch mittels Auslegung zu entnehmen.

1189 d) Eine der Rückschlagsperre des § 88 InsO parallele Regelung gibt es zur Aufrechnung konsequenterweise nicht. Die kurz vor Eröffnung vom Insolvenzgläubiger erklärte Aufrechnung behält ihre Gültigkeit, weil der Insolvenzgläubiger sogar noch nach Eröffnung aufrechnen kann.

12 Vgl. *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 95 InsO, Rn. 1.
13 BGH, Urteil vom 22. September 2005 – VII ZR 117/03, NZBau 2005, 685, 686 f.
14 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 275.

e) **Aufrechnungsbefugt** ist auch derjenige Insolvenzgläubiger, der zugleich wirklicher Absonderungsberechtigter ist. Soweit Aufrechnung ihn befriedigt, mindert sich zwar die Masse, aber es erhöht sich zugleich die Aussicht der übrigen Insolvenzgläubiger, aus der Verwertung des Absonderungsgutes Befriedigung zu erfahren. 1190

f) Der Erhalt der Aufrechnungsmöglichkeit nimmt auf Staatsgrenzen keine Rücksicht (Art. 6 Abs. 1 EuInsVO; § 338 InsO). Vorausgesetzt ist dabei freilich, daß überhaupt nach dem die Forderung des Schuldners materiell beherrschenden Statut (das muß nicht das Privatrecht des Verfahrensstaates sein) Aufrechnung denkbar ist. Das fügt sich in die (nicht nur) im deutschen Internationalen Privatrecht herrschende Sichtweise[15], wonach es für eine Aufrechnung auf das Statut der gegnerischen Forderung ankommt. Wegen der Einzelheiten gilt wie immer das heimische Insolvenzrecht (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe d EuInsVO; § 335 InsO). 1191

Für Abrechnungssysteme gilt insgesamt das Insolvenzrecht desjenigen Staates, dessen Statut materiell das System regelt (Art. 9 Abs. 1 EuInsVO). Das ist das Insolvenzrecht des Verfahrensstaates, wenn das Sachrecht des Verfahrensstaates das System regelt. 1192

2. Ausschluß der Aufrechnung

a) Keine absonderungsähnliche Begünstigung benötigt der Insolvenzgläubiger, der **erst nach Eröffnung** zum Schuldner der Masse wurde. Er brachte keine zuvor gewisse Erwartung in das Verfahren, mit Kompensation volle Befriedigung zu erlangen. Daher schließt § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Aufrechnung aus. Es ist also nur eine schon vor Konkurseröffnung zumindest im Keim angelegte, wennzwar nicht notwendig schon voll entwickelte Aufrechnungslage geschützt. Umstritten ist, ob Entscheidung des Verwalters für die Erfüllung eines schwebenden Geschäfts eine Aufrechnungslage neu schafft oder ob lediglich die schon vor Eröffnung begründete Aufrechnungslage wiederbelebt wird, Aufrechnung also nicht an § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO scheitert[16]. 1193

b) Ebenfalls keinen Schutz verdient derjenige, welcher die Insolvenzforderung erst nach Eröffnung von einem anderen erwarb und damit die Aufrechnungslage erst begründete. § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO verwehrt die Aufrechnung. Ein Insolvenzgläubiger könnte sich sonst jemanden suchen, der zur Masse schuldet und ihm die Insolvenzforderung zur Zession (§ 398 BGB) anbieten. Man würde sich die Differenz zwischen Nominalbetrag der Insolvenzforderung und erwarteter Befriedigungsquote teilen, und die übrigen Insolvenzgläubiger hätten das Nachsehen. 1194

Nur der Wortlaut, nicht aber der Sinn von § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO steht entgegen, wenn schon beim Zedenten die Aufrechnungslage vorlag und nun nur eine andere Schuld (bis zum Betrag der ursprünglichen Schuld) entgegengesetzt wird oder sogar der Forderungserwerber auch die Schuld und damit das komplette Forderungsgefüge übernahm (insbesondere als Erbe). Hier sollte man mangels Masseminderungsgefahr Aufrechnung zulassen[17]. 1195

In entsprechender Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO jedoch versagt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine **Konzernverrechnungsklausel**, dank deren ein dem Gemeinschuldner Verpflichteter die Forderung eines mit ihm (dem Schuldner des Gemeinschuldners) verbundenen Unternehmens zur Aufrechung einsetzen möchte. Zwar ist grundsätzlich auch die vertragliche Aufrechnungsbefugnis insolvenzfest[18]. Aber die vertragliche Aufrechnungsbefugnis stößt wie die allein vom Gesetz geregelte an die Grenzen der §§ 95, 96 InsO[19]. Und die Wahrnehmung einer sich aus Konzernverrechnungsklausel ergebenden Aufrechnungsbefugnis durch ein Konzernmitglied ist mit Aufrechnung durch einen Zessionar vergleichbar. Die Aufrechnungserklärung selbst ordnet erst die Forderung wie eine Abtretung zu. Geschieht diese Neuzuordnung erst nach Konkurseröffnung, verdient der Aufrechnende nach dem Rechtsgedanken des 1196

15 Siehe nur *Thorn*, in: *Palandt*, Art. 32 EGBGB, Rn. 6.

16 Siehe oben Rn. 1102.

17 Für strikte Bindung an den Wortlaut auch ohne Masseminderungsgefahr jedoch *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 96 InsO, Rn. 14.

18 Siehe oben Rn. 1169, 1184.

19 BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 – IX ZR 224/03, ZInsO 2004, 973, 974.

§ 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO keinen Schutz. Das Interesse der übrigen Gläubiger am Masseerhalt hat dann höheren Rang[20]. Mit ähnlichen Überlegungen scheitert die Konzernverrechnungsklausel auch im umgekehrten Einsatzfall: Wollte ein Insolvenzgläubiger die gegenüber dem Gemeinschuldner bestehende Verpflichtung eines mit ihm verbundenen Unternehmens (also eine fremde Schuld) zur Aufrechnung benutzen, so widerspricht das dem auf Masseerhalt gerichteten Gedanken des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO[21].

1197 c) Aufrechnung schließt § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO aus, wenn der Gläubiger seine **Aufrechnungsmöglichkeit anfechtbar** erlangte[22]. Das ist von etwaiger Anfechtung des ganzen Geschäfts, aus dem die Schuld des Gläubigers hervorging, zu unterscheiden[23]. Und nochmals etwas anderes ist die Anfechtung einer schon vor Eröffnung vom Schuldner oder vom Gläubiger erklärten Aufrechnung als benachteiligender Rechtshandlung. Die zuletzt genannte Anfechtung wird ohne Anfechtbarkeit schon der Aufrechnungslage kaum zu begründen sein, da der früh Aufrechnende regelmäßig entgegenhalten kann, daß den Gläubigern deswegen kein Nachteil (§ 129 Abs. 1 InsO) entstand, weil §§ 94 f. InsO Aufrechnung sogar noch nach Konkurseröffnung gestatten.

1198 Vom Aufrechnungsausschluß in der Gegenüberstellung von Masseforderung und Verpflichtung des Schuldners auf beschlagfreiem Felde war schon die Rede[24]. Auch der Ausschluß der Aufrechnung bei rascherer Entwicklung der Masseforderung zur Aufrechnungsreife gemäß § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ist oben[25] bereits erwähnt. Diese Ausnahme nimmt der Grundregel des § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO, wonach die zur Aufrechnung benutzte Insolvenzforderung noch nach Eröffnung heranreifen kann, große Anwendungsbereiche fort. Doch sollte man den Ausschlußtatbestand des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht auf den Fall anwenden, daß der Verwalter oder das Gesetz eine Forderung aus schwebendem Geschäft durch Abbruch in eine Schadensersatzforderung überführen[26]. Beim gesetzlichen Abbruch des Geschäfts stellt sich das Problem nicht, da er die Ersatzforderung ohnehin schon mit dem Eröffnungszeitpunkt entstehen läßt. Der Abbruch durch **Ablehnungserklärung** des Verwalters freilich schafft die Ersatzforderung mehr oder minder lange nach Eröffnung. Indem der Gesetzgeber sich nun für die Einstufung der Forderung als Insolvenzforderung entschied, stuft er den Gläubiger bereits schlechter ein, als man es nach dem Zeitpunkt eigentlich erwartet. Denn eigentlich müßte die Ersatzforderung Masseschuld sein. Dazu, den Partner sogar noch unter das Niveau eines Insolvenzgläubigers mit aufrechnungsreifem Anspruch zu bringen, besteht keine Veranlassung, sofern nicht die regelrechte Abwicklung des schwebenden Geschäfts ihrerseits bei Eröffnung noch unentwickelt war.

1199 d) Nicht gutzuheißen sind die den Grundsatz gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung störenden Ausnahmen vom Ausschluß zugunsten des Finanzgewerbes nach § 96 Abs. 2 InsO[27].

1200 e) Eine Sonderregelung zur Aufrechnung gegen einen Anspruch des Schuldners auf Dienstvergütung in § 114 Abs. 2 InsO zieht die allgemeinen Regeln zum Teil heran (§§ 95, 96 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 InsO). Die Aufrechnungsbefugnis folgt nun allerdings nicht mehr aus der Grundregel in § 94 InsO. Ein Konflikt mit einer nach § 114 Abs. 1 InsO für denselben Zeitraum noch wirkenden Abtretung des Vergütungsanspruchs[28], die der Schuldner vor Eröffnung vornahm, löst sich nach den allgemeinen Regeln (§ 406 BGB).

---

20 BGH, ZInsO 2004, 973, 974; BGH, Urteil vom 13. Juli 2006 – IX ZR 152/04, NJW 2006, 3631, 3632.

21 BGH, NJW 2006, 3631, 3633 (Rn. 17).

22 Oben Rn. 626. Dort auch zur Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO auf Aufrechnungserklärungen vor Konkurseröffnung.

23 Ebenfalls oben Rn. 626.

24 Oben zu Rn. 1172.

25 Oben Rn. 1187.

26 *Tintelnot*, KTS 2004, 339, 345 ff. Zu den schwebenden Geschäften lies oben Rn. 1077 ff. (§ 25); wegen der Nichterfüllungsforderung 1103 ff., 1114.

27 Siehe oben Rn. 1174.

28 Siehe oben Rn. 1141.

f) Beschränkungen für die Aufrechnung im Konkurs gelten wie der Erhalt der Aufrechnungslage überhaupt über die Grenzen hinweg (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe d EuInsVO; § 335 InsO). Dies gilt namentlich für die Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage (hervorgehoben in Art. 6 Abs. 2 EuInsVO), aber nicht nur dafür. Wenn aber das die Aufrechnung materiell beherrschende Recht ein ausländisches ist und wenn dieses auswärtige Recht samt seinem Insolvenzrecht der Aufrechnung in einem ausländischen Insolvenzverfahren nicht entgegenstünde, dann tritt zum Schutz des Aufrechnungswilligen die Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage und das daran anknüpfende Aufrechnungsverbot (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO) zurück (Art. 13 EuInsVO). Eine nach allem wirksame Aufrechnung erleidet keine nachträgliche Entwertung durch Einzahlung in die Masse nach Art. 20 Abs. 1 EuInsVO (§ 342 Abs. 1 InsO) oder Anrechnung nach Art. 20 Abs. 2 EuInsVO (§ 342 Abs. 2 InsO). 1201

Für Abrechnungssysteme regelt das zum materiellen Statut gehörige Insolvenzrecht nicht nur die Aufrechenbarkeit trotz Konkurses überhaupt (Art. 9 Abs. 1 EuInsVO), sondern auch die Aufrechnungshindernisse (Art. 9 Abs. 2 EuInsVO). 1202

3. Aufrechnung gegen beschlagfreie Forderung

Kein Problem des Befriedigungsgleichmaßes wirft es auf, wenn der Insolvenzgläubiger gegen eine beschlagfreie Forderung des Schuldners aufrechnet. Im Gegenteil würde ein solcher Fortfall der Insolvenzforderung die Befriedigungsaussichten aller übrigen Insolvenzgläubiger aufhellen. Doch wird die Aufrechnung regelmäßig gemäß § 394 Satz 1 BGB daran scheitern, daß die beschlagfreie Gegenforderung unpfändbar ist. 1203

§ 27 Bedienung von Schulden ohne besonderes Prüfungsverfahren

Literatur: *Duursma-Kepplinger*, Einfluss der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens auf die Befriedigung von zuvor begründeten Masseverbindlichkeiten, ZIP 2007, 752 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Fälligkeit von Absonderungsrechten mit Insolvenzeröffnung, DZWIR 2002, 367 ff.; *Ringstmeier/Homann*, Masseverbindlichkeiten als Prüfstein des internationalen Insolvenzrechts, NZI 2004, 354 ff.; *Wagenknecht-Hose*, Vetragliche und umsatzsteuerliche Neuverbindlichkeiten des Schuldners in der Insolvenz, 2008.

I. Sichtung der Schulden

1204 Dem Verwalter fällt die Aufgabe zu, einen der in § 1 InsO angeführten Hauptzwecke, nämlich die Gläubigerbefriedigung, zu verwirklichen. § 1 Satz 1 InsO nimmt die Sicht vor dem Insolvenzverfahren ein und kündigt an, was es erreichen will. Mit den Gläubigern sind in § 1 Satz 1 InsO diejenigen Gläubiger gemeint, welche nach Eröffnung Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) sein werden, aber in der vor dem Verfahren aufgestellten Zielbestimmung noch nicht als solche bezeichnet werden können[1]. Die Insolvenzgläubiger müssen sich, damit das Gleichmaß der Befriedigung (§ 1 Satz 1 InsO) erreicht wird, der Prozedur von Anmeldung und Prüfung (§§ 174 ff. InsO) unterziehen[2]. Dabei kommt es zu inhaltlichen und zeitlichen Veränderungen der Forderungen, die die Abwicklung erleichtern (§§ 45 f., 41 f. InsO). Für die übrigen Gläubiger (Aussonderungsberechtigte, Absonderungsberechtigte, Massegläubiger, Neugläubiger)[3] gilt dies grundsätzlich nicht. Sie werden je einzeln zu gegebener Zeit und auf die ihnen zukommende Weise bedient[4]. Lediglich die Absonderungsgläubiger erfahren unter Umständen Behandlung, die sich nicht ganz mit ihrem Befriedigungsrecht deckt (Verzögerung der Verwertung, Benutzung des Sicherungsgegenstandes).

1205 Der Insolvenzverwalter (bzw. der Treuhänder oder der Eigenverwalter unter Kontrolle des Sachwalters) dokumentiert nach besten Kräften sämtliche Verbindlichkeiten, welche die Masse berühren, im Gläubigerverzeichnis (§ 152 Abs. 1 InsO)[5] und sorgt überhaupt für fortwährende Transparenz des Schuldnervermögens[6]. Gegebenenfalls hatte der Verwalter selbst oder ein anderer bereits in der Funktion eines vorläufigen Verwalters oder eines Gutachters (§§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 22 InsO) Vorarbeiten für diese Schuldensichtung geleistet. Auch der Schuldner selbst trägt vor und nach der Eröffnung zur Klärung bei (§§ 97, 22 Abs. 3 Satz 3 InsO)[7].

1206 Lediglich um das beschlagfreie Vermögen und die im beschlagfreiem Verkehr des Schuldners begründeten neuen Schulden kümmert sich der Verwalter nicht, weil die Neugläubiger keinerlei Berührung mit der Masse haben. Die neuen Schulden werden vom Verwalter weder erfaßt noch irgendwie bearbeitet. Die Befriedigung von Neugläubigern ist Aufgabe allein des Schuldners.

1 Oben Rn. 131.
2 Dazu unten Rn. 1244 ff. (§ 28) und Rn. 1271 ff. (§ 29).
3 Zur Aufgliederung der Gläubigerschaft siehe oben Rn. 254 ff.
4 Zur Aussonderung siehe bereits oben Rn. 962 ff. (§ 22).
5 Siehe oben Rn. 936.
6 Oben Rn. 932.
7 Siehe oben Rn. 687 und Rn. 698, Rn. 885.

II. Fortlaufende Bedienung von Nicht-Insolvenzforderungen ohne Bündelung und ohne Abwandlung

1. Keine gemeinschaftliche Befriedigung

Die außer den Insolvenzforderungen bestehenden und fortlaufend weiter begründeten Schulden werden je für sich bedient. Es gibt für Aussonderungen, Absonderungen und Masseschulden keine Parallele zu der für Insolvenzforderungen vorgesehenen Anmeldung zu gemeinsamer Prüfung (§§ 174 ff. InsO). Denn bei diesen Verbindlichkeiten bedarf es keiner besonderen Verfahrensweise, die Befriedigungsgleichmaß herstellt. 1207

a) Aus- oder Absonderungsberechtigte

Jeder Aussonderungsberechtigte birgt sein Aussonderungsgut für sich aus dem Massezugriff. Kein anderer darf sich anmaßen, daran beteiligt sein zu wollen. Auch die Absonderungsrechte sind exklusive Positionen. Die Reservierung von Haftungsmasse nahm ein jeder für sich vor, und deswegen darf auch jeder für sich den Erlös (nach Abzug von Kostenbeiträgen gemäß §§ 170, 171 InsO, §§ 10 Abs. 1 Nr. 1a, 109 Abs. 1 ZVG) beanspruchen. Diesem **Prinzip der Alleinstellung** steht nicht entgegen, daß Aussonderungs- oder Absonderungsrechte zuweilen mehreren in Rechtsgemeinschaft (§§ 741, 1008 BGB) zustehen oder daß mehrere Absonderungsrechte nach Rang gestaffelt (z.B. § gemäß § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf einem einzigen Gegenstand ruhen. 1208

b) Massegläubiger

Massegläubiger[8] stehen zwar untereinander in Konkurrenz um die Befriedigung aus der Masse. Doch müssen sie sich bedeutend weniger Sorge um deren Leistungsfähigkeit machen: Kostengläubigern (§§ 53 Fall 1, 54 InsO) gibt der positive Ausgang der Deckungsprognose vor Eröffnung (vgl. § 26 InsO) und die Gewißheit, daß drohende Massearmut zur umgehenden Einstellung führen wird (§ 207 InsO), eine ziemlich hohe Befriedigungsaussicht. Andere Massegläubiger können ebenfalls mit Einstellung bei Massearmut rechnen (§ 208 InsO). In diesem Falle der Kostendeckung und der Unterdeckung der weiteren Masseschulden findet in einem kleinen Konkurs (Konkurs im Konkurs) ausnahmsweise doch eine geordnete Befriedigung der Massegläubiger statt (§ 209 InsO). Denn nun ist die **Konkurrenzsituation der Massegläubiger** nicht mehr anders als die der Insolvenzgläubiger (für die aber wegen der Masseunzulänglichkeit kein Erlösrest mehr verbleiben wird). Außerdem müssen Arbeitnehmer ihre Ansprüche aus einem neuen Sozialplan (§ 123 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 InsO) auf ein Drittel des Betrages begrenzen, der ohne Sozialplan an die Insolvenzgläubiger ausgeschüttet würde (§ 123 Abs. 2 Satz 2 InsO). Im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Personengesellschaft haften die Gesellschafter nicht neben der Masse für die Erfüllung der Masseverbindlichkeiten. Da ihnen gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Gewalt über die Masse entzogen ist und sich die Masse als durch den Verwalter handelndes Gebilde von ihnen abgelöst hat, brauchen sie sich die Begründung neuer Schulden nicht mehr zurechnen zu lassen. Der Verwalter hat keine Befugnis, neben der Masse zugleich die außerhalb der Masse liegenden Vermögen der Gesellschafter in die Haf- 1209

8 Siehe oben Rn. 273 ff.

tung zu bringen. Das Vermögen eines Gesellschafters zählt nicht zur Masse im Konkurs der Gesellschaft. Die Realisierung einer Gesellschafterhaftung durch Einzug zur Masse nach § 93 InsO betrifft lediglich Insolvenzforderungen.[9]

1210 aa) Für Masseschulden wäre die generelle Bündelung im nicht einstellungsbedürftigen Insolvenzverfahren zu geordneter Befriedigung ähnlich den Insolvenzforderungen tatsächlich nicht durchführbar, weil sie nicht wie die Insolvenzforderungen im wesentlichen feststehen, sondern sich bis zum Ende des Insolvenzverfahrens immer noch neu begründen können. Einstweilen lassen sie sich allenfalls schätzen – wie es der Verwalter zur Vorbereitung des Berichtstermins in seinem Gläubigerverzeichnis tut (§ 152 Abs. 3 Satz 2 InsO). Freilich stehen auch die Insolvenzforderungen mit Eröffnung noch nicht vollkommen fest. Insbesondere die Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO[10]) und über Anfechtungen (§§ 129 ff. InsO[11]) können noch schwerwiegende Veränderungen des Bestandes an Insolvenzforderungen auslösen.

1211 bb) Die Masseschulden entstanden und entstehen aus vielerlei Ursachen, die nicht ohne weiteres aus den im Mittelpunkt stehenden Vorschriften der §§ 53–55 InsO abzulesen sind. Einen Schwerpunkt bilden in der Tat die **Verfahrenskosten** (§ 54 InsO mit Kostenverzeichnis zu § 3 Abs. 2 GKG und InsVV; Erweiterung in Art. 23 EuInsVO)[12]. Ein weiterer Schwerpunkt sind die **Maßnahmen des Insolvenzverwalters** (oder des von ihm Bevollmächtigten) in Vermögensbewirtschaftung und Vermögensabwicklung (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die **Fortsetzung schwebender Geschäfte** nach §§ 103 ff. InsO nimmt darin eine herausgehobene Stellung ein (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Das fortzusetzende Geschäft ist nicht nur wegen der bereits feststehenden Pflichten Masseschuld. Es können sich durch Fortentwicklung des Schuldverhältnisses nach Erfüllungswahl, insbesondere wegen Leistungsstörung, vielfältige weitere Masseschulden ergeben (z.B. eine Schadensersatzpflicht wegen Schuldnerverzuges oder eine Rückgewährpflicht wegen Rücktritts)[13].

1212 Manche Position aus §§ 103 ff. InsO könnte zwar in ihrer Einschätzung als Fall von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO zweifelhaft sein, aber es gibt in §§ 103 ff. diverse Einzelanordnungen (z.B. wegen Notgeschäftsführung eines Beauftragten in § 115 Abs. 2 Satz 2 InsO oder wegen Sozialplans in § 123 Abs. 2 Satz 1 InsO mit Deckelung gemäß § 123 Abs. 2 Sätze 2 und 3 InsO). Unzählige neue Geschäfte von neuen Einkäufen und Personaleinstellungen bis hin zu neuer Darlehensaufnahme (sogenannter **Massekredit**) fallen ebenso unter § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Auch viele der Verfahrensabwicklung dienende Maßnahmen, die man (mit dem weiten Kostenbegriff der Einzelvollstreckung in § 788 ZPO) unbefangen als Kosten des Insolvenzverfahrens einstufen würde, sind von § 54 InsO nicht erfaßt, fallen aber unter die von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO vom Verwalter begründeten Schulden. Das sind beispielsweise die bei Verwertung (§ 159 InsO) anfallenden Kosten von Versteigerungen, Inseraten, Kommunikation mit Absonderungsberechtigten (vgl. § 168 InsO), Sachverständigengutachten, Transporten, Aufbereitungen oder Reparaturen. Nur zum Teil erzielt die Masse Refinanzierung durch Absonderungsgläubiger (§§ 170 f. InsO). Ferner sind die Kosten einer aus Widerspruch im Prüfungstermin außerhalb des Insolvenzverfahrens folgenden Feststellung, ob eine Insolvenzforderung berechtigt sei (§§ 179 ff. InsO), Masseverbindlichkeiten, wenn der Verwalter an dem Feststellungsstreit beteiligt ist[14].

1213 Auch die Tätigkeit des den Schuldner aus seiner Verfügungsgewalt verdrängenden **vorläufigen Verwalters** (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 Fall 1 InsO) löst gegebenenfalls in weitem Umfang Masseschulden aus (§ 55 Abs. 2 Satz 1 InsO)[15]. Wiederum ist ähnlich den Regeln über schwebende Geschäfte (dort insbesondere § 108 Abs. 1 InsO) die weitere Ausführung von Dauerschuldverhältnissen besonders erwähnt (§ 55 Abs. 1 Satz 2 InsO).

9 BGH, Teilurteil vom 24. September 2009 – IX ZR 234/07, ZInsO 2009, 2198, 2199 ff.
10 Oben Rn. 1077 ff. (§ 25).
11 Oben Rn. 574 ff. (§ 14), Rn. 1005 ff. (§ 23).
12 Siehe oben Rn. 340 ff., Rn. 548 ff. Wegen Art. 23 EuInsVO oben Rn. 493 und Rn. 498, Rn. 548.
13 Vgl. oben Rn. 1116.
14 Zur Feststellung ohne Verwalterbeteiligung unten Rn. 1219.
15 Siehe oben Rn. 731 ff.

cc) Für die meisten Insolvenzen weniger bedeutsam, aber immerhin mit einem verhältnismäßig spezifischen Anknüpfungspunkt in den zentralen Vorschriften versehen, ist Masseschuld aus **ungerechtfertigter Bereicherung**. Ein Anwendungsfall hieraus ist der anfechtungsbedingte Ausgleich einer an den Schuldner geflossenen Gegenleistung (§ 144 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 InsO). Die Rückgabe in Natur (§ 144 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 InsO) zählt zu den vielen verstreuten Fällen, in denen man ohne besondere Vorschrift zweifeln könnte, ob sie von der generellen Einstufung von Verpflichtungen aus Tätigkeit des Verwalters als Masseschulden in § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO erfaßt sind.[16] Weitere vom Gesetz besonders angesprochene Fälle sind Unterhalt für Schuldner oder geschäftsführende Gesellschafter des Schuldners und für Angehörige (§§ 100, 101 Abs. 1 Satz 3 InsO)[17], Notgeschäftsführung bei Auflösung einer Gesellschaft wegen Insolvenz eines Gesellschafters (§ 118 Satz 1 InsO)[18], Ausgleich für Verzögerung der Verwertung von Absonderungsgut (§ 169 InsO, eventuell in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO; §§ 30e Abs. 1, 153b Abs. 2 ZVG) und für dessen Benutzung (§ 172 Abs. 1 InsO, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO; § 30e Abs. 2 ZVG) oder diejenige von Aussonderungsgut (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO)[19]. 1214

dd) Bei manchen Geschäften, die der Verwalter (oder der starke vorläufige Verwalter) zur Bewirtschaftung oder zur Verwertung tätigt, herrscht über längere Zeit hinweg **Ungewißheit** darüber, ob sie noch gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 (oder Abs. 2 Satz 1) InsO Masseschulden hervorbringen. Die vorsorglich zu bildenden Rückstellungen sind möglicherweise die letzten Gelder, welche überhaupt noch auf ihren Verzehr warten. Hier ist insbesondere die die Masse treffende Mängelhaftung aus Verkauf (§§ 434 ff. BGB) oder aus Werkleistung (§§ 633 ff. BGB), namentlich aus Bauarbeiten, zu erwähnen. Sie kann noch nach vielen Monaten erhebliche Aufwendungen auslösen. Hält der Verwalter bei der Erlösverteilung nicht genügend Gelder für die Mängelhaftung zurück, kann ihn dies dem Käufer nach § 60 InsO schadensersatzpflichtig machen. Und ist schon vor der Erlösverteilung die Masse zu schwach, um die Mängelhaftung zu decken, haftet der Verwalter dem Käufer nach § 61 InsO. 1215

Um den Abschluß des Insolvenzverfahrens nicht hinauszuzögern, wird der Verwalter zum **Instrument des Haftungsausschlusses** zu greifen versuchen. Dabei steht ihm allerdings der Verbraucherschutz im Wege, wenn das abzuwickelnde Vermögen das eines bis zur Insolvenz aktiv gewesenen Unternehmers (§ 14 BGB) ist und der fragliche Gegenstand nicht schon vor dem Insolvenzverfahren in das Privatvermögen des Schuldners (falls dieser überhaupt eine natürliche Person sein sollte) überführt war. Das Insolvenzverfahren beseitigt die Unternehmereigenschaft des Schuldners nicht. Bei Unternehmereigenschaft bleibt es auch dann, wenn der Schuldner seine Tätigkeit im Betrieb einstellt und überdies der Verwalter – je nach den Beschlüssen der Gläubigerversammlung im Berichtstermin oder in späteren Terminen (§ 157 InsO) – das Schuldnervermögen nicht mehr nachhaltig zur Gewinnerzielung einsetzt, sondern nur noch liquidiert. Die Auflösung ist der letzte Abschnitt der unternehmerischen Tätigkeit. 1216

Im **Verbrauchsgüterkauf** braucht der Käufer sich an vereinbarte Haftungsbeschränkungen nur zum Teil gebunden zu halten (§ 475 BGB). Dabei spielt es keine Rolle, ob der Ausschluß individuell vereinbart war (vgl. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder ob der Insolvenzverwalter ihn vorformuliert hatte (vgl. §§ 305 Abs. 1 Satz 1, 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) war. Nur geringfügigen Unterschied macht aus, ob die Sache noch neu oder schon gebraucht ist (§ 475 Abs. 2 BGB). Der Käufer kann die Mängelhaftung, soweit unentziehbar, sogar dann geltend machen, wenn der Kaufpreis mit Rücksicht auf die Haftungsbeschränkung besonders niedrig angesetzt war. Nicht immer erfolgreich sucht der Insolvenzverwalter darin eine Lösung, daß er nur an einen Unternehmer verkauft, der sich dann seinerseits an den Markt der Verbraucher begeben mag. Denn Haftungsbeschränkung gegenüber einem Unternehmer nützt im Falle von Neuware nichts, wenn irgendwann doch die Sache an einen Verbraucher gelangt und dann Mängelhaftung den indisponiblen Rückgriff in die Lieferkette auslöst (§ 479 BGB). Daher muß der Insolvenzverwalter entweder an einen Abnehmer verkaufen, der weder Unternehmer noch Verbraucher ist, oder er muß vor Abschluß des Kaufvertrages Mängel im einzelnen zur Sprache bringen und so 1217

16 Näher über Erstattungen nach Anfechtung oben Rn. 1036 ff.
17 Siehe oben Rn. 861 ff.
18 Näher oben Rn. 1137.
19 Siehe oben Rn. 718, 975.

die schlechte Beschaffenheit der Sache zum Vertragsbestandteil machen (vgl. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB).

1218 Neben den besonderen Schranken des Verbrauchsgüterkaufrechts muß der Verwalter selbstverständlich auch die Regeln über Haftungsbeschränkungen nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 307, 309 Nr. 7, Nr. 8 Buchstabe b BGB) beachten. Das gilt sowohl bei Verkauf an Nichtverbraucher als auch bei Verkauf an Verbraucher (vgl. § 475 Abs. 3 BGB).

1219 ee) Weder § 54 InsO noch § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO decken die Kosten des Gläubigers im **Kleinverfahren**, welcher an Stelle des Treuhänders (§ 313 Abs. 2 Satz 1 InsO) aus eigenem Antrieb anficht oder von der Gläubigerversammlung mit der Anfechtung betraut wird. Kraft besonderer Anordnung in § 313 Abs. 2 Sätze 2 und 4 InsO ist Kostenerstattung Masseverbindlichkeit, im Falle der Anfechtung aus eigenem Antrieb allerdings nur bei Erfolg. Ähnlich versetzt § 183 Abs. 3 InsO den nach Widerspruch im Prüfungstermin um die Feststellung einer Insolvenzforderung mit dem Anmeldenden streitenden anderen Insolvenzgläubiger wegen seiner Kosten in den Genuß einer Masseverbindlichkeit – jedoch nur, soweit er Erfolg hat und so die Masse vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme durch den Gegner bewahrt. Eigenständige Einstufung gewisser Ausgaben als Masseverbindlichkeiten kennen ferner das Nachlaßinsolvenzverfahren (§ 324 InsO) und das Insolvenzverfahren über das Gesamtgut in fortgesetzter Gütergemeinschaft (§§ 324, 332 Abs. 1 InsO).

1220 ff) Der in einem staatlichen Verfahren der Justizgewähr notwendigen Sicherheit nicht förderlich ist die Auffassung, daß Handlungen des Insolvenzverwalters, deren Ergebnisse evident gegen die Zielsetzung einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verstoßen, kraftlos sein sollen[20] und somit auch keine Masseverbindlichkeiten begründen können.

1221 gg) Gewisse Ansprüche, die man nach § 55 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO eigentlich als Masseverbindlichkeiten auffassen müßte, sind kraft besonderer Regelung niedriger als Insolvenzforderungen eingestuft. Das ist beispielsweise bei teilbaren Leistungen in fortgesetzten Geschäften der Fall (§ 105 Satz 1 InsO; betrifft § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und bei Rückgriff der Arbeitslosenversicherung wegen Insolvenzgeldes aus der Zeit des Eröffnungsverfahrens (§ 55 Abs. Abs. 3 Satz 1 InsO; betrifft § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO). Auch die Rückforderung einer Gegenleistung wegen Anfechtung kann betroffen sein (§ 144 Abs. 2 Satz 2 InsO). Die Ansprüche wegen Abbruchs schwebenden Geschäfts (namentlich § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) kann man gleichfalls hierher zählen. Diese masseschonenden Zuweisungen unterstützen den Insolvenzverwalter beim Aufbau von Liquidität und erlauben im günstigsten Falle eine Unternehmensfortführung.

1222 Von vornherein keine Masseverbindlichkeiten enthalten die in § 120 Abs. 1 Satz 1 InsO geschilderten Betriebsvereinbarungen, »welche die Insolvenzmasse belasten«. Die Belastung durch die in der Betriebsvereinbarung begründeten Ansprüche ergibt sich aus deren Eigenschaft als Insolvenzforderungen. Das gilt auch für einen alten Sozialplan, den der Verwalter nicht gemäß § 124 Abs. 1 InsO widerruft. Nur eine neue Betriebsvereinbarung mit dem Insolvenzverwalter oder ein neuer Sozialplan erzeugt Masseverbindlichkeiten.

1223 hh) Nicht jeder Kostengläubiger ist Massegläubiger. Der Anspruch des gewöhnlichen wie des nachrangigen Insolvenzgläubigers auf Erstattung der ihm aus Teilnahme am Insolvenzverfahren erwachsenen Kosten ist von § 54 InsO nicht erfaßt. Vielmehr stuft § 39 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 InsO seinen Anspruch als nachrangige Insolvenzforderung ein.[21]

1224 ii) Die Regeln zur Einstufung von Verbindlichkeiten als Masseschulden oder als bloße Insolvenzforderung gelten auch in der grenzüberschreitenden Insolvenz (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe g EuInsVO).

c) Neugläubiger

1225 Neugläubiger stehen sowieso abseits der Masse und des Insolvenzverfahrens. Auch der Schuldner selbst steht mit seinem Recht an den beschlagfreien Teilen seines Vermögens und seines

20 BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99, NJW 2002, 2783, 2785 f. Siehe oben Rn. 890.
21 Oben Rn. 551 ff.

Neuerwerbs außerhalb der Masse. Soweit der Verwalter den tatsächlichen Zugriff auf einen beschlagfreien Gegenstand hat, gibt er ihn ähnlich wie Aussonderungsgut ohne eine Konkurrenzsituation frei. Nirgends also ist eine Zusammenstellung der Forderungen zu geordneter Befriedigung angezeigt. Nur ausnahmsweise steht der Schuldner seinem eigenen Vermögen im Kreise der Massegläubiger gegenüber. Dies ist mit dem Unterhaltsanspruch nach § 100 Abs. 1 InsO der Fall, welcher im Konkurs im Konkurs wegen Masseunzulänglichkeit den schlechtesten Rang hat (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 InsO). Der höchst unwahrscheinliche Anspruch des Schuldners oder der an einem liquidierten Schuldner Beteiligten auf Auskehr des Restes (§ 199 InsO) wiederum ist konkurrenzlos und bedarf keiner Einordnung in ein Befriedigungsschema.

2. Unaufgeforderte Befriedigung

Der Verwalter muß ferner nicht von jedem Aussonderungs-, Absonderungs- oder Massegläubiger einzeln mit einem Befriedigungsantrag um Erfüllung gebeten werden. Der Verwalter erfüllt die Ansprüche, soweit er sie bereits abschließend beurteilen kann, aus eigenem Antrieb, so wie ein jeder Schuldner seine Gläubiger von selbst bedienen sollte, und nicht erst dann, wenn man es von ihm verlangt. Gleichwohl empfiehlt es sich jedem Gläubiger sehr, den Insolvenzverwalter darauf aufmerksam zu machen, daß man Befriedigung wünsche. Außerdem bestimmen § 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO, daß der Absonderungsberechtigte verdeutliche, inwiefern er sein Absonderungsrecht geltend mache. Diese Meldung eröffnet aber nicht die vorrangige Erlösbeteiligung überhaupt, sondern verschafft nur die Abrechnungsgrundlage. Gerade weil der Absonderungsberechtigte sozusagen automatisch und nicht erst wegen seiner Meldung an der Ausschüttung teilnimmt, verpflichtet § 28 Abs. 2 Satz 3 InsO ihn zum Schadensersatz bei Mangel an Kooperation. 1226

3. Befriedigung in Natur und zur rechten Zeit

Nur für Insolvenzgläubiger gilt Vereinheitlichung durch Abrechnung allein in Geld (§ 45 Satz 1 InsO), Vorwegnahme noch nicht eingetretener Fälligkeit (§ 41 Abs. 1 InsO), Aufsummieren wiederkehrender Leistungen (§ 46 InsO) und Ignorieren noch nicht eingetretener auflösender Bedingung (§ 42 InsO). Die übrigen Gläubiger erfahren Befriedigung so, wie die Schuld beschaffen ist – dem Inhalte, der Zeit und dem Ort nach. Gewisse Ausnahmen machen allerdings die Absonderungsrechte[22]. 1227

a) Aussonderung und Absonderung

aa) Aussonderung kennt im Prinzip keinen Aufschub zwecks weiterer Nutzung des Gegenstandes über die ursprünglich dem Schuldner erlaubte Nutzung hinaus[23] – wenn denn überhaupt jemals der Schuldner irgendeine dingliche oder immerhin schuldrechtliche Befugnis an dem Gegenstand gehabt haben sollte. Da der Gegenstand nicht zur Masse zählt, kann dem Aussonderungsberechtigten keine Verzögerung zugemutet werden. Eine Ausnahme besteht lediglich zu Laten eines Mitgliedes der insolventen Gesellschaft, welches seiner Gesellschaft einen Gegenstand zu Gebrauch oder Ausübung überließ. Der Gesellschafter muß sich (gegen Ausgleichsleistung) bis zu einem Jahr nach Verfahrenseröffnung gedulden, wenn der Verwalter die 1228

22 Siehe nachstehend Rn. 1228 ff. Außerdem unten Rn. 1412 ff.
23 Siehe oben Rn. 975.

Nutzung im Interesse bestmöglicher Wirtschaftsführung fortzusetzen wünscht (§ 135 Abs. 3 InsO).

In der Nichtzugehörigkeit des Aussonderungsgutes zur Insolvenzmasse besteht nun ein Unterschied zum Absonderungsberechtigten, den nicht die bessere Berechtigung an dem Gegenstand im Ganzen, sondern nur die in einem Verwertungsrecht ihm zugebilligte Erlösaussicht mit dem Gegenstand verbindet. Diese Interessenbeschränkung nähert den Absonderungsgläubiger dem Insolvenzgläubiger an und rechtfertigt es, vom Absonderungsgläubiger Geduld (§§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5, 169, 172 InsO, 30d und e, 153b ZVG) und Beteiligung an den Verfahrenskosten durch Vorwegabzug vom Erlös (§§ 170 f. InsO, 10 Abs. 1 Nr. 1a, 109 Abs. 1 ZVG) zu verlangen.

1229 bb) Insbesondere den Berichtstermin (§ 156 InsO) wird der Absonderungsgläubiger abzuwarten haben, wenn der Verwalter in der Masse eine Funktionseinheit, namentlich ein Unternehmen, vorfindet, über deren Schicksal die Gläubigerversammlung beschließt (§ 157 Satz 1 InsO). Auch die Möglichkeit, daß die Gläubigerversammlung sich zum Versuch eines Insolvenzplans entscheidet (§ 157 Satz 2 InsO), drängt Verwertung vorerst zurück. Erst wenn und soweit nach den Beschlüssen der Gläubigerversammlung das Absonderungsgut nicht mehr vonnöten ist, kommt es (wie bei unbelastetem Gut) zur Verwertung (§ 159 InsO mit §§ 165 ff. InsO). Typischerweise ist der Berichtstermin derjenige Zeitpunkt, ab dem Verzögerung mit Zinsausgleich aus der Masse entschädigt wird (§§ 169 Satz 1 InsO, 30e Abs. 1 Satz 1 ZVG; kein besonderer Zeitpunkt hingegen in § 153b Abs. 2 ZVG).[24] Dem Absonderungsberechtigten wird somit im Unterschied zum Aussonderungsgläubiger (siehe aber die bedenkliche Anordnungsmöglichkeit nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO für die Zeit des Eröffnungsverfahrens) zugemutet, sich den Verfahrenszielen unterzuordnen. Sein eigenes Interesse ist demjenigen der Adressaten des Verfahrens, der Insolvenzgläubiger, ähnlich, und deswegen wird sein Recht in die für die Insolvenzgläubiger vorgesehenen Abläufe in weiten Teilen einbezogen. Das äußert sich nicht zuletzt in der Beteiligung des Absonderungsgläubigers in Gläubigerversammlung (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO) und Gläubigerausschuß (§ 67 Abs. 2 Satz 1 InsO).

1230 cc) Trotz allem aber setzt die **Verwertungsmacht** des Verwalters und damit seine Macht zur Befriedigung von Absonderungsgläubigern **bereits mit Eröffnung** ein[25]. Nur vor der Eröffnung gibt es keinerlei Verwertung von Absonderungsgut[26]. Manches Gut wird in jedem Falle, wie immer auch die Gläubigerschaft die Weichen stellen wird, nicht weiterzuverwenden sein. Auch kann die günstige Absatzmöglichkeit den Insolvenzverwalter zu rascher Verwertung veranlassen, wenn im Bedarfsfalle ein ähnlicher Gegenstand bequem und preiswert wiederbeschaffbar ist. Im übrigen ist daran zu erinnern, daß schon die Aufgabe der Vermögensbewirtschaftung (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO) die in § 166 Abs. 2 Fall 1 InsO als Verwertungsweise angeführte Einziehung von Forderungen mit sich bringt, die durch Sicherungsabtretung mit einem Absonderungsrecht behaftet sind (vgl. § 51 Nr. 1 Fall 2 InsO), sofern nur eine vom Sicherungsnehmer dem Schuldner erteilte Einziehungsermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB analog) noch vom Verwalter genutzt werden darf oder der Verwalter den Sicherungsnehmer zu einer neuen Ermächtigung bewegen konnte[27]. Der Einziehungsermächtigung bedarf es nicht einmal, wo der Absonderungsgläubiger nicht In-

24 Näher zur Verwertung von Absonderungsgut und deren Verzögerung unten Rn. 1412 ff.

25 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 166 InsO, Rn. 8. Siehe auch unten Rn. 1323 f.

26 Siehe oben Rn. 714.

27 Vgl. oben Rn. 902 ff. Siehe auch Erteilung einer Einziehungsermächtigung an den Verwalter samt Stellung als Prozeßstandschafter durch den absonderungsberechtigten Sicherungszessionar, betreffend einen von der gesetzlichen Ermächtigung in § 166 InsO nicht gedeckten Bereicherungsanspruch gegen einen vom Drittschuldner bedienten jüngeren (mithin nachrangigen) Zessionar, in BGH, Urteil vom 15. Mai 2003 – IX ZR 218/02, InVo 2003, 382 ff.

haber der Forderung ist, sondern der Schuldner sie immer behielt – so im Falle des Anspruchs auf Leistung aus der Haftpflichtversicherung des Schuldners (§ 100 VVG), woran der Geschädigte schon ohne Zession absonderungsberechtigt ist (§ 110 VVG).

dd) Aussonderung und Absonderung kennen auf der anderen Seite auch **keine verfrühte Bedienung**, wie sie gemäß §§ 41 Abs. 1, 46 InsO die Insolvenzgläubiger erfahren[28]. Insbesondere kann man zwar feststellen, daß das Gesetz in gewissen Fragen die Absonderungsrechte der bestmöglichen Bedienung der Insolvenzgläubiger unterordnet (namentlich §§ 166 bis 173 InsO, §§ 10 Abs. 1 Nr. 1a, 109 Abs. 1, 30d und e, 174a ZVG). Daraus darf man aber nicht ableiten, daß allgemein Absonderungsgläubiger ähnlich den Insolvenzgläubigern zu behandeln seien und sie deshalb ihren Befriedigungsanspruch entsprechend § 41 Abs. 1 InsO auch dann sofort ausüben können, wenn er nach dem materiellen Recht noch nicht fällig wäre[29]. Vielmehr reift das Absonderungsrecht erst dann zur Befriedigung des Gläubigers heran, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist.[30] **1231**

Wohl aber kann nach den Regeln über schwebende Geschäfte (§§ 103 ff. InsO) ein Recht des Schuldners auf Innehaben eines Gegenstandes rascher als gedacht fortfallen und deswegen die Aussonderung beschleunigt oder überhaupt erst eröffnet werden. Auch kann das Verwertungsrecht deswegen rascher als gedacht ausübbar werden, weil es eine Insolvenzforderung sichert, die der Gläubiger gemäß §§ 41 Abs. 1, 46 InsO vorzeitig geltend machen darf. §§ 41 Abs. 1, 46 InsO wirken dann mittelbar auf das Absonderungsrecht ein. Dieser Zusammenhang ist freilich kein Automatismus, sondern es kommt immer noch darauf an, wie Gesetz oder Sicherungsvereinbarung die Verwertungsreife eines Sicherungsgegenstandes ordnen. Es ist also nicht eigentlich das Insolvenzverfahrensrecht, sondern wie immer das materielle Recht, das die Verwertungsreife bestimmt. Zumeist wird sich in der Tat die Verwertungsreife an die Durchsetzbarkeit der gesicherten Forderung anschließen und insbesondere in der Insolvenz keine zusätzlichen Erfordernisse mehr benötigen. **1232**

Besteht das Absonderungsrecht nicht wegen einer Insolvenzforderung, sondern wegen der Schuld eines Dritten, kommt schon von vornherein kein Vorziehen der Verwertungsreife nach §§ 41 Abs. 1, 46 InsO in Betracht. Der gleichwohl sofort verwertende Insolvenzverwalter hält vom Erlös soviel zurück, wie er möglicherweise später bei Verwertungsreife für den Gläubiger benötigt. Doch kann es vorkommen, daß der Dritte seinerseits bereits in Konkurs gefallen ist (insbesondere wenn Schuldner und Dritter Teile eines Beteiligungsgeflechtes sind). Dann darf der Gläubiger die gesicherte Forderung im anderen Insolvenzverfahren als Insolvenzforderung gemäß §§ 41 Abs. 1, 46 InsO vorzeitig geltend machen. Die vorgezogene Durchsetzbarkeit der Fremdforderung kann dann ebenso auf die Verwertungsreife des Sicherungsobjektes ausstrahlen wie bei Sicherung einer Forderung gegen den insolventen Sicherungsgeber. **1233**

b) Masseverbindlichkeiten

Kosten und andere Masseschulden[31] bedient der Verwalter in Natur und ohne Vorfälligkeit, noch nicht vor Eintritt einer aufschiebenden Bedingung und nicht mehr nach Eintritt einer auflösenden Bedingung. **1234**

28 Siehe für Aussonderung bereits oben Rn. 974 f. Betreffend Absonderung ebenso *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, DZWIR 2002, 367 ff.

29 So aber *Hess*, in: *Hess*, § 41 InsO, Rn. 13 f.; *Häsemeyer*, Rn. 18.79; *Smid*, Kommentar, § 41 InsO, Rn. 3. Wie hier gegen analoge Anwendung von § 41 InsO auf das Absonderungsrecht *Lwowski/Bitter*, in: MünchKomm, § 41 InsO, Rn. 14.

30 BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 – IX ZR 194/07, NJW-RR 2009, 340, 342.

31 Siehe bereits oben Rn. 273 ff.

c) Neuschulden

1235 Seine Neugläubiger hat der Schuldner so zu bedienen, wie man immer außerhalb des Insolvenzverfahrens seine Gläubiger zu befriedigen hat.

4. Erzwingen der Befriedigung

1236 Bedient der Verwalter die Nicht-Insolvenzgläubiger nicht ordnungsgemäß, steht ihnen das allgemeine Instrumentarium der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung. Ihr Gegner ist der Verwalter als Partei kraft Amtes.

a) Aussonderungsberechtigte

1237 Aussonderungsberechtigte klagen und vollstrecken nach den üblichen Regeln des Zivilprozeßrechts.

b) Absonderungsberechtigte

1238 Bei Absonderungsberechtigten muß man unterscheiden. Ihr Absonderungsrecht selbst können nicht alle Absonderungsberechtigten selbst wahrnehmen. Zum Teil verdrängt der Verwalter die Absonderungsgläubiger aus ihrer Handlungsbefugnis (§§ 166 Abs. 1, Abs. 2, 173 Abs. 2 InsO). Dann braucht der Absonderungsgläubiger auch keine Handlungsbefugnis durchzusetzen. Wo er aber seine **Handlungsgewalt** behält (§§ 166 Abs. 3, 173 Abs. 1, 313 Abs. 3 InsO; ferner bei Immobilien), kann es notwendig werden, den Insolvenzverwalter (Eigenverwalter, Treuhänder) zur Mitwirkung, beispielsweise zur Herausgabe einer sicherungsübereigneten Sache, zu zwingen. Dazu beschreitet der Gläubiger den gewöhnlichen Rechtsweg bis hin zur Zwangsvollstreckung. Und außerdem kann, wo die Verwertung vom Verwalter wahrgenommen wird, der Absonderungsberechtigte notfalls die Erlösauskehr (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO) einklagen und mit Zwangsvollstreckung gegen die Masse durchsetzen. Bei der vom Insolvenzverwalter betriebenen Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung von Immobilien (§§ 165 InsO, 172 ZVG) bedarf es dessen aber nicht, da hier das Absonderungsrecht ohne weiteres in den Abläufen nach §§ 44 ff., 146 ff. ZVG Berücksichtigung findet.

c) Massegläubiger

1239 Massegläubigern stehen ebenfalls Prozeß und Einzelvollstreckung zur Verfügung. Um jedoch dem Insolvenzverwalter einen gewissen Zeitraum für ungestörte Ordnung des Schuldnervermögens zu belassen, müssen Massegläubiger im Grundsatz die Zwangsvollstreckung das erste halbe Jahr nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückstellen (§ 90 Abs. 1 InsO). Diese Hemmung mutet das Gesetz aber nicht dem Partner fortgesetzter schwebender Geschäfte zu (§ 90 Abs. 2 InsO). Außerdem trifft die Hemmung nicht diejenigen Massegläubiger, deren Anspruch aus Rechtshandlung des Verwalters hervorgeht (§ 90 Abs. 1 InsO). Insgesamt ist hiernach die Hemmung der Zwangsvollstreckung durch Massegläubiger Ausnahmefall. Sicherheiten, die sie vom Verwalter aus der Masse erhielten, verwerten Massegläubiger ohne die Einschränkung aus §§ 165 ff. InsO. Denn diese Sicherheiten sind keine Absonderungsrechte nach §§ 49 ff. InsO[32].

32 Oben Rn. 268.

Einen besonderen **Vollstreckungsausschluß** bestimmt § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO zu Lasten der Arbeitnehmerforderungen aus einem neuen Sozialplan. Und aus den Massegegenständen, in die hinein die Massegläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben können, nimmt § 89 Abs. 2 Satz 1 InsO zugunsten einer Vorratshaltung für ein etwaiges Restschuldbefreiungsverfahren (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO) noch ausstehende Arbeitseinkünfte des Schuldners aus. Dies geschieht, obgleich die Einkünfte gemäß §§ 35 Abs. 1 Fall 2, 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, soweit sie pfändbar sind, zur Masse zählen und dorthin, bei Fälligkeit, sofern dann das Insolvenzverfahren noch läuft (vgl. § 196 Abs. 1 InsO), tatsächlich fließen[33]. 1240

Mit Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 Abs. 1 InsO) endet jede Zwangsvollstreckung zugunsten von Massegläubigern (§ 210 InsO). Denn sie begeben sich jetzt in einen Konkurs im Konkurs (§ 209 InsO). Daher bricht ihr Wettlauf um Befriedigung ebenso ab, wie nach §§ 87, 89 Abs. 1 InsO der Wettlauf der Insolvenzgläubiger vom Insolvenzverfahren abgelöst wurde.[34] 1241

d) Neugläubiger

Neugläubiger haben so gut wie **keine** Vollstreckungsmöglichkeit. Alles Pfändbare fließt in die Masse. Das beschlagfreie Vermögen ist pfändungsfrei. Aus der Masse aber empfangen sie keine Befriedigung[35]. Sogar Arbeitseinkommen der Zukunft ist unantastbar, obwohl bei Fälligkeit das Insolvenzverfahren schon beendet sein kann (§ 89 Abs. 2 Satz 1 InsO). Nur Unterhaltsgläubiger und Deliktsgläubiger dürfen den Zufluß künftigen Arbeitseinkommens zur Masse oder das Vorhalten dieses künftigen Einkommens für die Restschuldbefreiung (siehe § 89 Abs. 2 Satz 1 InsO) umgehen. Ihnen steht nach § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO in Ergänzung zur erweiterten Pfändungsmöglichkeit der §§ 850d, 850f Abs. 2 ZPO der Zugriff offen. Denn was sie ergreifen dürfen, zählt eben wegen der Pfandfreiheit nicht zur Masse[36]. Nicht etwa macht die Verbindung mit § 4 InsO oder mit § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO das erweitert Pfändbare zum Massebestandteil. § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO erwähnt §§ 850d und 850f Abs. 2 ZPO gerade nicht. 1242

5. Restschuldbefreiung

Die Restschuldbefreiung (§§ 300 Abs. 1, 301 Abs. 1 InsO) tilgt weder Aussonderungsrechte noch Absonderungsrechte noch Masseschulden. Restschuldbefreiung betrifft nur Insolvenzforderungen (§ 286 InsO). Das Problem stellt sich freilich nur bei Massearmut. Nur bei solcher können Aussonderung, Absonderung und Masseschuld wegen Abbruchs des Insolvenzverfahrens noch unerledigt sein. Nicht in jedem Fall der Massearmut aber kann es zur Restschuldbefreiung kommen. Lediglich bei Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit (§ 211 Abs. 1 InsO) kommt sie in Frage (§ 289 Abs. 3 Satz 1 InsO). Nicht hingegen steht sie dem Schuldner bei Einstellung mangels Masse nach § 207 Abs. 1 Satz 1 InsO offen. Auch bei Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse (bis dahin können schon manche Verbindlichkeiten begründet sein, die nach Eröffnung Masseschulden wären) kommt es nicht zum Restschuldbefreiungsverfahren. Masseschuldentilgend kann die Restschuldbefreiung aber mittelbar insofern wirken, als sie den Beginn der zeitlich umgrenzten Phase eines letzten Versuches zur Deckung der dem Schuldner gestundeten Verfahrenskosten einleitet (§§ 4b Abs. 1 InsO, 115 Abs. 1 Satz 4 ZPO). Nach dieser Zeit fallen die nicht gedeckten Kosten endgültig der Staatskasse zur Last. 1243

33 Siehe oben Rn. 378, 396 f.
34 Näher unten Rn. 1484 ff.
35 Siehe oben Rn. 212, 276 f.
36 *Breuer*, in: MünchKomm, § 89 InsO, Rn. 36.

§ 28 Anmeldung der Insolvenzforderungen

Literatur: *Altmeppen*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601 ff.; *Birkenhauer*, Probleme der Nichtteilnahme am und im Insolvenzverfahren, 2002; *Förster/Bruhn*, Die Forderungsprüfung durch den Insolvenzverwalter – alte Haftungsfälle mit verschärfter Wirkung!, ZInsO 2002, 802 ff.; *Gerbers/Pape*, Der Umgang mit Forderungsanmeldungen nach Einreichung des Schlussberichts, ZInsO 2006, 685 ff.; *Görg*, Zur Berechnung des Ausfalls nach §§ 50 Abs. 1 und 52 InsO, KTS 2006, 151 ff.; *Peters*, Die Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung in der Einzelzwangsvollstreckung und in der Insolvenz, KTS 2006, 127 ff.; *K. Schmidt*, Anmeldung von Insolvenzforderungen mit Rechnungslegungslast des Schuldners, NZI 2002, 65 ff.; *Wenner*, Die Hemmung der Verjährung durch die Anmeldung von Forderungen im Insolvenzverfahren, BB 2006, 2649 ff.; *Zimmer*, Verspätete Anmeldung von Forderungen und Absonderungsrechten im Insolvenzverfahren mit Wohlverhaltensphase, ZVI 2004, 269 ff.

I. Bemerken von Insolvenzforderungen

1. Anmeldeerfordernis trotz Kenntnis des Verwalters

1244 Der Insolvenzverwalter (Treuhänder, Eigenverwalter) übergeht ihm bekannt werdende Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) nicht mit Stillschweigen, sondern führt sie in seiner Berichterstattung auf[1]. Seine Erkenntnisquelle sind unter anderem, aber nicht nur, die Anmeldungen, welche die Insolvenzgläubiger gemäß § 174 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Tabelle anbringen (§ 152 Abs. 1 InsO). Diese Aufmerksamkeit gegenüber Insolvenzforderungen löst aber – anders als bei Aussonderung, Absonderung und Masseschulden – noch keine Befriedigung aus. Erfüllung der Insolvenzforderungen ist nicht beiläufige Bewirtschaftungsaufgabe des Insolvenzverwalters nach §§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO, sondern das zentrale Anliegen des Insolvenzverfahrens mit eigens dafür eingerichteter Prozedur: **Befriedigung** erfährt ein Insolvenzgläubiger trotz Kenntnis des Verwalters und Erwähnung im Gläubigerverzeichnis ausschließlich dann, wenn er seine Forderung nach § 174 InsO **anmeldet** und sich später der Prüfung zur **Feststellung** nach §§ 176 ff. InsO stellt. Denn nur angemeldete und festgestellte Forderungen gelangen in das Verteilungsverzeichnis (oder in die Kette mehrerer Verteilungsverzeichnisse), welches nach § 188 Satz 1 InsO Grundlage der durch Verwertung (§ 159 InsO) vorzubereitenden Erlösausschüttung ist (oder angesichts noch zu klärender Fragen zumindest einen Rückbehalt gemäß §§ 189 ff. InsO vermerkt).

2. Anmeldung als Ausdruck der Dispositionsgewalt

1245 Das Anmeldeerfordernis ist Ausdruck der Dispositionsbefugnis des Gläubigers[2], so wie das Zivilgericht nur auf Antrag urteilt (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Anmeldung tritt an die Stelle der Klage (§ 253 Abs. 1 ZPO) oder der sonstigen je nach Rechtsgebiet vorgesehenen gerichtlichen oder behördlichen Schritte zur Anspruchsverwirklichung, welche allesamt wegen der Exklusivität der Gesamtvollstreckung (§ 87 InsO)[3] unterbleiben müssen. Das Anmeldeerfordernis betrifft **sogar bereits ti-**

1 Siehe oben Rn. 936.
2 Oben Rn. 194.
3 Oben Rn. 210 ff.

tulierte Forderungen (vgl. § 179 Abs. 2 InsO). Anmelden muß sich auch derjenige Gläubiger, dessen Forderung sich in ihrem endgültigen Zuschnitt als Insolvenzforderung erst aus dem Verhalten des Verwalters ergibt – letzterem wohlbekannt. Das verlangt Aktivität vom Partner eines schwebenden Geschäfts, das der Verwalter zu erfüllen ablehnt (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder durch Kündigung oder Rücktritt auflöst (§ 109 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1 InsO); und ein Anfechtungsgegner (§ 144 Abs. 2 Satz 2 InsO) muß ebenfalls handeln. Selbst der Gläubiger, der das Insolvenzverfahren beantragte, muß seine Forderung noch eigens anmelden. Nur soweit ein Insolvenzgläubiger seine Forderung schon mit Aufrechnung deckte[4], braucht er sich der Prüfung nicht mehr zu stellen und deswegen auch nichts mehr anzumelden.

3. Anmeldeerfordernis ohne Ausnahme

Anmelden müssen auch diejenigen Insolvenzgläubiger, welche außerdem aus einem anderen Grund aussonderungsberechtigt, absonderungsberechtigt oder Massegläubiger sind. Denn Anmeldung betrifft immer nur eine bestimmte Forderung. Es genügt deshalb nicht, daß durch zusätzliche Rolle des Insolvenzgläubigers als ein Nichtinsolvenzgläubiger der Verwalter von den offenen Verbindlichkeiten insgesamt weiß. Wenn der Schuldner ein Büromöbel gemietet hatte und die Miete schon vor Eröffnung wegen Zahlungsrückstand endete, so ist der Vermieter wegen des Möbelstücks spontan zu bedienender Aussonderungsgläubiger, während der Mietzinsrückstand anzumeldende Insolvenzforderung ist. Die Zins- und Tilgungsforderung der Bank aus beendetem Darlehen ist im Insolvenzverfahren über das Kundenvermögen anzumelden, während der Verwalter das zu dem Darlehen eingerichtete Sicherungseigentum der Bank an Kunstwerken in der Sammlung des insolventen Kunden ohne weiteres als Absonderungsrecht achtet. Das Absonderungsrecht vernichtet nicht die gleichzeitige Rolle des Gläubigers als eines Insolvenzgläubigers (§ 52 Satz 1 InsO). Der Funktion der Sicherheit entsprechend wird freilich die mittels Absonderung erzielte Befriedigung von der Insolvenzforderung abzuziehen sein (§ 52 Satz 2 InsO). Wenn beispielsweise der Insolvenzgläubiger 100.000 Euro zu beanspruchen hat und die Sicherheit (nach Kostendeckung) eine Erlösauskehr von 80.000 Euro ermöglicht, so ist die Forderung in eben der Höhe von 80.000 Euro erledigt. Nur der ungedeckte Rest in Höhe von 20.000 Euro nimmt noch als Insolvenzforderung weiter am Verfahren teil und wird mit der für alle Insolvenzgläubiger geltenden Ausschüttungsquote[5] bedient. Bei einer Quote von 5 Prozent betrüge diese Ausschüttung 1.000 Euro, und 19.000 Euro blieben endgültig unbeglichen. Nicht etwa wird die Konkursquote auf die ganze Forderung vor Auskehr des Absonderungserlöses bezogen (bei einer Konkursquote von 5 Prozent wären dies 5.000 Euro, und nach Auskehr des Absonderungserlöses von 80.000 Euro blieben nur 15.000 Euro ungedeckt). Ein Massegläubiger kann aus verschiedenen Geschäften, aber auch aus ein und demselben Geschäft heraus zugleich Insolvenzgläubiger und insoweit zur Anmeldung genötigt sein (zeitliche Aufspaltung schwebender Geschäfte in §§ 105 Satz 1, 108 Abs. 3 InsO). Der zur Masseverbindlichkeit gewordene Forderungsteil ist von § 52 InsO nicht betroffen. Er wird zwar weiterhin von der Sicherheit gedeckt. Die Erfüllung aus der Masse entlastet aber das Sicherungsobjekt. Sein Schutz zieht sich nach und nach auf denjenigen Teil der Forderung zurück, der Insolvenzforderung blieb. Insofern bleibt es freilich bei § 52 InsO[6]. **1246**

Des weiteren muß ein Gläubiger, der mehrere Insolvenzforderungen innehat, alle einzeln anmelden oder in einer gebündelten Anmeldung einzeln aufführen – auch dies, weil nicht die Stellung als Insolvenzgläubiger überhaupt, sondern die einzelne Position anmeldebedürftig ist. **1247**

Nur ausnahmsweise anmeldefähig, dann aber auch anmeldebedürftig sind Unterhaltsforderungen (§ 40 InsO)[7]. **1248**

4 Siehe oben Rn. 1167 ff. (§ 26).
5 Siehe zur Konkursquote unten Rn. 1449.
6 Siehe auch unten Rn. 1445.
7 Siehe oben Rn. 257, Rn. 872.

1249 Notwendigkeit einer Anmeldung von Insolvenzforderungen nach § 174 InsO (sowie schon die Qualifikation von Forderungen als Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO) gilt auch für grenzüberschreitende deutsche Insolvenzverfahren (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe g EuInsVO; § 335 InsO).

II. Anmeldung zur Tabelle

1. Anmeldung beim Verwalter

1250 Anmeldungen von **Insolvenzforderungen** nimmt der Insolvenzverwalter entgegen (§ 174 Abs. 1 InsO), im **Kleinverfahren** der Treuhänder (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO), bei **Eigenverwaltung** der Sachwalter (§ 270 Abs. 3 Satz 2 InsO). Das Gericht forderte die Gläubiger im Eröffnungsbeschluß öffentlich (§ 30 Abs. 1 InsO) und – soweit möglich – einzeln (§ 30 Abs. 2 InsO) auf (§ 28 Abs. 1 Satz 1 InsO).

1251 Einen nicht allzu üppigen **Fristenrahmen** gibt das Gesetz vor (§ 28 Abs. 1 Satz 2 InsO). Die Frist ist keine Ausschlußfrist (§ 177 Abs. 1 Satz 1 InsO). Doch kann Verspätung dem Gläubiger Kostennachteile eintragen (§ 177 Abs. 1 Satz 2 InsO). Auch riskiert der zögerliche Insolvenzgläubiger, bei Abschlagsverteilungen unberücksichtigt zu bleiben und das mangels genügender weiterer Erlöse in späteren Ausschüttungen nicht mehr (gemäß § 192 InsO analog[8]) aufholen zu können. Wer sogar die Schlußverteilung noch versäumt, kann nicht etwa eine Revision der Ausschüttungen oder gar des ganzen Insolvenzverfahrens begehren. Eine nach Veröffentlichung und Niederlegung des Schlußverzeichnisses (§ 188 InsO)[9] angemeldete Insolvenzforderung rückt nicht mehr in das Schlußverzeichnis ein und nimmt an keiner Verteilung mehr teil[10]. Zur Tabelle kann sie allerdings nach einer gesonderten Prüfung (§ 177 Abs. 1 InsO), beispielsweise im Schlußtermin (§ 197 InsO), noch gelangen[11]. Zu fragen bleibt, ob diese Nachteile den Insolvenzgläubiger auch dann treffen, wenn er erst spät während des Verfahrens durch Verwalterentscheidung über ein schwebendes Geschäft oder wegen Anfechtung in den Status eines Insolvenzgläubigers gelangt. Wo vollendete Tatsachen geschaffen sind, kann es allenfalls Schadensersatz geben (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO). Wo Nachteile (insbesondere zusätzliche Kostenlasten) für den Insolvenzgläubiger vermeidbar sind, müssen sie zu Lasten der Masse vermieden werden. Das gilt sogar im Anfechtungsfalle, selbst wenn es sich um einen Vorsatz-Tatbestand handelte.

2. Beschreibung der Forderung

1252 a) Der Gläubiger bezeichnet seine Forderung näher in Höhe und Herkunft. Mit Blick auf Ausnahme von einer Restschuldbefreiung nach § 302 Nr. 1 InsO hebt er einen Ursprung aus Vorsatzdelikt besonders hervor[12]. Auch andere Privilegierungen zu betonen empfiehlt sich, obgleich das in § 302 Nr. 2 und Nr. 3 InsO nicht eigens gefordert ist. Unterlagen reicht der Gläubiger ein (§ 174 Abs. 1 Satz 2 InsO). Alles dient

8 *Westphal*, in: *Nerlich/Römermann*, § 192 InsO, Rn. 6.

9 Siehe unten Rn. 1454.

10 BGH, Beschluß vom 22. März 2007 – IX ZB 8/05, NZI 2007, 401 f., mit Anm. *Gundlach/Frenzel*, NZI 2007, 402 f.

11 BGH, NZI 2007, 401, 402.

12 Näher *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, §§ 301, 302 InsO, Rn. 6; *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 174 InsO, Rn. 14; jeweils m.w.N.

der Prüfbarkeit im Prüfungstermin (§ 176 InsO). Das Gesetz verlangt Schriftform (§ 174 Abs. 1 Satz 1 InsO). Das ist allerdings nicht in dem engen Sinn von §§ 126, 126a BGB zu verstehen, sondern will nur sicherstellen, daß eine Anmeldung klar nachvollziehbar sowie ihrem Urheber zuzuordnen ist und sich nicht in der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes verliert. Eine Fernkopie beispielsweise genügt. Welche Übermittlungsvarianten der Insolvenzgläubiger zu nutzen vermag, hängt von der technischen Ausrüstung des Insolvenzverwalters ab, wie § 174 Abs. 4 Satz 1 InsO betreffend elektronische Dokumente klarstellt.

b) Forderungen in Fremdwährung und Forderungen, die gar nicht auf Geld gerichtet sind, rechnet der Gläubiger für seine Anmeldung um (§ 45 InsO). Nichtfällige Forderungen meldet der Gläubiger so an, als seien sie fällig (§ 41 Abs. 1 InsO). Wiederkehrende Leistungen faßt er zu einem Gesamtbetrag zusammen (§ 46 InsO). Ist die nichtfällige Forderung nicht verzinslich, wird ein fiktiver Zwischenzins abgezogen (§§ 41 Abs. 2, 46 Satz 1 InsO), damit der Gläubiger nicht aus dem Konkurs einen besonderen Vorteil schlägt. Sollten auf die anzumeldende Forderung neben dem Gemeinschuldner weitere Personen verpflichtet sein, lockert sich jetzt eine bis dahin bestehende Akzessorietät. Die Mitschuldenden oder Mithaftenden bleiben so verpflichtet, wie es sich nach dem ursprünglichen Stand der Forderung darstellte. 1253

c) Der Anmeldung steht nicht entgegen, daß eine Forderung noch unter einer Bedingung steht. Doch muß der Gläubiger diese Schwebesituation angeben. Die auflösende Bedingung (falls das forderungserzeugende Rechtsgeschäft selbst bedingend: § 158 Abs. 2 BGB) wird im weiteren Verfahrensablauf solange übergangen, wie sie nicht eintritt (§ 42 InsO). Sobald aber die auflösende Bedingung eintritt, wird die Forderung nicht mehr berücksichtigt. Wenn der Gläubiger bei Bedingungseintritt schon an einer Erlösausschüttung teilgenommen haben sollte, wird er den Betrag als ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB) in die Masse zurückzahlen müssen. Die aufschiebende Bedingung (falls das forderungserzeugende Rechtsgeschäft selbst bedingend: § 158 Abs. 1 BGB) wird, solange noch nicht eingetreten, Erlösauskehr verhindern. Doch wird der Verwalter Verteilungsbeträge für den Fall des Bedingungseintritts bereithalten (§ 191 Abs. 1 Satz 2 InsO). 1254

d) Mitverpflichtete haben, wenn der Gläubiger sie in Anspruch nimmt, häufig Ausgleichsansprüche gegen den Schuldner (z.B. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Gesamtschuldners; § 670 BGB zugunsten des Bürgen). Geschah das schon vor Eröffnung, ist der Auftritt des Mitverpflichteten als Insolvenzgläubiger unproblematisch. Problematisch hingegen ist das Nebeneinander der Insolvenzforderung des Gläubigers und des künftigen etwaigen Rückgriffs des Mitverpflichteten beim Schuldner. Daß der Rückgriff vorerst noch in der Zukunft liegt und ungewiß ist, stört eine Anmeldung nicht – gleichviel ob man das Rückgriffsrecht als durch die Leistung des Mitverpflichteten aufschiebend bedingt[13] oder als im Sinne von § 41 Abs. 1 InsO noch nicht fällig ansehen mag. Außerdem kann der künftig rückgriffsberechtigte Mitverpflichtete schon vor seiner Inanspruchnahme vom Schuldner als vorweggenommenen Aufwendungsersatz Freistellung (vgl. § 257 BGB) oder Vorschuß (§ 669 BGB) verlangen. 1255

Doch weil es letztlich nur um eine einzige Leistung geht, können nicht wohl zu Lasten der übrigen Insolvenzgläubiger zugleich der Gläubiger und der mitverpflichtete Rückgriffsberechtigte am Verfahren teilhaben. Der Mitverpflichtete meldet also an. Aber spätestens im Prüfungstermin müssen Gläubiger und Mitverpflichteter sich darauf verständigen, wer zurückweicht. Kommt es zu keiner Verständigung, hat der Gläubiger gemäß §§ 43, 44 InsO den Vortritt vor dem Mitverpflichteten. 1256

3. Rangkennzeichnung

a) Da im Grundsatz – anders als im früheren Konkursrecht (§ 61 KO) – alle Insolvenzgläubiger auf einer Stufe stehen, kann es bei der Anmeldung grundsätzlich keine Rangkennzeichnung geben. Einige Insolvenzforderungen stellt allerdings das Gesetz 1257

13 So *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 44 InsO, Rn. 1.

auf einen schlechteren Platz zurück (§§ 39, 327 InsO). Einen solchen **Nachrang** (insbesondere nach §§ 39, 327 InsO) einschließlich der Stellung innerhalb der nachrangigen Insolvenzforderungen muß die Anmeldung kenntlich machen (§ 174 Abs. 3 Satz 2 InsO). Doch kommt es meistens – weil die Masse schon die gewöhnlichen Insolvenzforderungen nicht zu decken vermag – gar nicht erst zur Anmeldung der nachrangigen Forderungen (§ 174 Abs. 3 Satz 1 InsO).

1258 b) Ist eine anzumeldende Forderung verzinslich, kommen regelmäßig nur die bis zur Eröffnung schon aufgelaufenen Zinsen zur Anmeldung hinzu. Die Zinsen für die Zeit seit der Anmeldung sind wegen Nachrangs (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO) nur ausnahmsweise anmeldefähig (§ 174 Abs. 3 Satz 1 InsO). Die Unterscheidung gilt sowohl für die Zinsen auf fällige Forderungen wie für die Zinsen auf noch nicht fällige Forderungen (insbesondere für die Verzinsung eines noch nicht zur Tilgung anstehenden Darlehens).

1259 Unter den wegen Nachrangigkeit kaum je zur Anmeldung gelangenden Insolvenzforderungen befinden sich ferner die Forderungen eines Gesellschafters aus einem Darlehen, welches er der später insolventen Gesellschaft gewährte (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, Abs. 5 InsO). Der Tatbestand enthält in seinem Wortlaut keine Beschränkung auf Darlehensgewähr in einer Krisensituation. Anders war das in der früheren Regelung zur Nachrangigkeit von Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Geschäften (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a.F.). Der zu weiten Fassung des Wortlauts von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sollte man mit Zurückhaltung in der Handhabung begegnen.[14] Dabei scheint eine Rückbesinnung auf die älteren Regelungen über kapitalersetzende Geschäfte zur Fallgruppenbildung hilfreich. Im übrigen kann Anfechtung die fraglichen Forderungen zerstören (z.B. nach § 132 InsO). Es kann aber auch Anfechtung sie gerade erst hervorrufen – nämlich dann, wenn gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO noch vor dem Insolvenzverfahren die Befriedigung geschah. Das Erlangte muß der Gesellschafter in die Masse zurückführen (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO), und seine Forderung lebt als (nachrangige) Insolvenzforderung wieder auf (§ 144 Abs. 1 InsO) – soweit sie nicht ebenfalls durch Anfechtung zerstört ist. Die Einlagenrückforderung eines stillen Gesellschafters hingegen ist nicht als nachrangig bezeichnet. § 236 Abs. 1 HGB macht den stillen Gesellschafter zum einfachen Insolvenzgläubiger. Freilich ergibt sich ein Nachrang dadurch, daß die Einlagenrückforderung nach § 236 Abs. 1 HGB nur insoweit statthaft ist, als nicht der Verlustanteil des Stillen die Einlage aufzehrt. Wiederum kann frühere Befriedigung des Stillen durch Anfechtung (§ 136 Abs. 1 Satz 1 InsO) auf eine (gewöhnliche) Insolvenzforderung zurückgeworfen werden (§ 144 Abs. 1 InsO).

4. Offenlegen eines Absonderungsrechts

1260 a) Eine Doppelrolle als Insolvenzgläubiger und Absonderungsgläubiger muß der Anmeldende offenlegen. Die Offenlegung geschieht dadurch, daß Absonderungsgläubiger dem Verwalter miteilen, welche Sicherungsrechte sie wahrzunehmen wünschen (§ 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO). Hierbei ergibt sich, ob die mit dem Absonderungsgut zu deckende Forderung eine Insolvenzforderung ist, das heißt, ob die Insolvenzforderung und das Absonderungsrecht zusammengehören, oder eine andere Forderung. Besteht das Absonderungsrecht wegen einer Insolvenzforderung, gibt es gemäß § 52 Satz 2 InsO Berücksichtigung als Insolvenzgläubiger nur mit dem nicht aus dem Absonderungsgut beglichenen Rest. Dies war Vorbild für die Beschränkung eines Darlehengebers, der gemäß § 44a InsO im Konkurs der darlehennehmenden Gesellschaft nur insofern als Insolvenzgläubiger am Verfahren teilhat, als er bei dem Sicherheit gebenden Gesellschafter ausfällt.

1261 Das Absonderungsrecht betrifft zum Beispiel dann eine Insolvenzforderung, wenn der Schuldner einer Bank noch ein von ihm selbst aufgenommenes Darlehen verzinsen und zurückzahlen

14 Vgl. *Altmeppen*, NJW 2008, 3601, 3602 f., ein generelles Zurücksetzen von Gesellschafterdarlehen für verfassungswidrig haltend.

muß (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB), zu dessen Sicherung er eigene Forderungen gegen Dritte an die Bank abgetreten hatte (§§ 398 BGB, 55 Nr. 1 Fall 2 InsO); Insolvenzforderung und Absonderungsrecht fallen auch zusammen, wenn die Eröffnung die Auseinandersetzung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft, worin der Schuldner Mitglied ist, einleitet (z.B. § 728 Abs. 1 Satz 1 BGB) und ein anderes Mitglied statutengemäß, z.B. wegen gehabter Aufwendungen, bei Eröffnung eine Forderung gegen den Schuldner hat (§ 84 Abs. 1 Satz 2 InsO).

b) Die von § 52 Satz 2 InsO vorausgesetzte Unterdeckung rührt aus Erlösschwäche oder aus Verzicht auf die Absonderung her. Besteht es für eine andere Forderung (vor allem, wenn der Schuldner seinen Gegenstand zur Besicherung der Schuld eines Dritten belastet hatte), gibt es keine Berührung mit der Anmeldung der Insolvenzforderungen. Dient die Sicherheit sowohl Insolvenzforderungen als auch anderen Forderungen (gegen den Schuldner oder gegen Dritte), bleibt es hinsichtlich der Insolvenzforderungen bei der Anrechnung gemäß § 52 InsO. 1262

c) Berücksichtigung des absonderungsberechtigten Insolvenzgläubigers als eines Insolvenzgläubigers nur wegen des ungedeckten Restes (§ 52 Satz 2 InsO) bedeutet aber nicht, daß schon die Anmeldung einen gekürzten Betrag angeben müßte. Vorerst steht der Ausfall oft noch nicht fest. Wie weit das Absonderungsgut Deckung verschaffte, wird erst bei der Erlösverteilung an die Insolvenzgläubiger relevant. Bis zu der Klärung wird die Insolvenzforderung des Absonderungsberechtigten im Verteilungsverzeichnis (§ 188 InsO) mit ihrem vollen Betrag[15] (allenfalls gemäß §§ 41 Abs. 2, 46 Satz 1 InsO abgezinst) vorgesehen. Deswegen meldete der absonderungsberechtigte Insolvenzgläubiger seine Forderung auch in voller, zum Zeitpunkt der Anmeldung unerfüllter Höhe gemäß § 174 InsO an. Allerdings wird der Gläubiger einstweilen an Ausschüttungen entweder gar nicht teilnehmen (§ 190 Abs. 1 InsO) oder nur unter Zurückhaltung des auf ihn entfallenden Anteils (§ 190 Abs. 3 InsO). 1263

5. Hilfe bei der Anmeldung

Anmelden kann der Insolvenzgläubiger selbst oder (unter Beachtung des Rechtsberatungsgesetzes) durch einen Vertreter. Anwaltlicher Vertretung bedarf es, wie generell im Insolvenzverfahren, nicht, ist aber selbstverständlich möglich. Vereinfachung scheint nahezulegen, den Insolvenzverwalter, wenn er Rechtsanwalt ist, selbst mit der Anmeldung zu betrauen und ihn womöglich auch mit der Interessenwahrnehmung in der Forderungsprüfung zu betrauen. Ein solches Mandat muß der Insolvenzverwalter aber ablehnen. Es verstieße wegen Interessenkollision gegen Standesrecht (§ 3 Abs. 1 BORA) und zöge die Gefahr der Strafverfolgung über den Verwalter (§ 356 StGB)[16]. 1264

15 Das ist bei Verwertungszuständigkeit des Absonderungsgläubigers der am Ende der Nachweisfrist § 189 Abs. 1 InsO noch unerfüllte und dementsprechend gemäß § 190 Abs. 1 InsO vom Absonderungsgläubiger angegebene Betrag; siehe BGH, Urteil vom 2. Juli 2009 – IX ZR 126/08, NZI 2009, 565. Und wenn der Verwalter verwertet, ist es der gemäß seiner eigenen Kenntnis noch offene Betrag; einen Nachweis braucht ihm der Absonderungsgläubiger dann gemäß § 190 Abs. 3 Satz 1 InsO nicht zu liefern.

16 Zur umgekehrten Reihenfolge von früherer Einzelinteressenvertretung und späterer Bestellung zum Verwalter siehe oben Rn. 319.

6. Hemmung der Verjährung

1265 Anmeldung hemmt den Verjährungslauf (§ 204 Abs. 1 Nr. 10 Fall 1 BGB). Neubeginn der Verjährung bewirkt aber erst die Feststellung im Prüfungstermin (§ 197 Abs. 1 Nr. 5 BGB mit § 178 Abs. 1 InsO).

7. Anmeldung aus dem Ausland

1266 a) Gleichviel, ob das deutsche Insolvenzverfahren Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) ist oder Territorialverfahren (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO; § 354 InsO), können ausländische Gläubiger ihre Insolvenzforderungen genauso wie inländische anmelden (Art. 32 Abs. 1, 36, 39 EuInsVO; § 341 Abs. 1 InsO). Das ist dann von besonderer Bedeutung, wenn es für bestimmte Schuldner ausschließlich ein Hauptinsolvenzverfahren und keine Territorialverfahren geben kann (§ 46e KWG; § 88 Abs. 1b Satz 1 VAG). Das Verfahren der Anmeldung ergibt sich grundsätzlich wie jede Verfahrensfrage aus dem deutschen Insolvenzrecht (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe h EuInsVO; § 335 InsO).

1267 b) Für die der **europäischen Insolvenzverordnung** unterliegenden Verfahren sieht Art. 41 EuInsVO besonders vor, was der Gläubiger bei der Anmeldung mitzuteilen hat. Die Regelung deckt sich im großen und ganzen mit §§ 174 Abs. 1 und 2, 28 Abs. 2 Sätzen 1 und 2 InsO. Die Sprache, welche der Gläubiger benutzt, bestimmt Art. 42 Abs. 2 EuInsVO. Gibt es parallel mehrere Verfahren, so steht jedes zur Wahl – und zwar nicht alternativ, sondern kumulativ. Die Anmeldung im Verfahren eines Staates steht der Anmeldung im Verfahren eines anderen nicht im Wege. Das Insolvenzgericht versendet sogar besondere Unterrichtungen an die auswärtigen Insolvenzgläubiger, um ihnen das Anmelden ihrer Forderungen nahezulegen (Art. 40, 42 EuInsVO; Art. 102 § 11 EGInsO). Die Aufforderung gibt wichtige Erläuterungen (Art. 40 Abs. 2 EuInsVO). Die auswärtigen Gläubiger sind damit auf den ersten Blick besser umsorgt als die inländischen. Doch ist diese Begünstigung nicht zu hoch zu veranschlagen. Die Unterrichtung ist in deutscher Sprache verfaßt (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO). Nur die standardisierte Überschrift enthält die Aufforderung zur Forderungsanmeldung in allen Amtssprachen der europäischen Organe (Art. 42 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO). Erschwerend kommt hinzu, daß die Erläuterungen des deutschen Formblattes[17] sich auch einem mit Deutsch als Muttersprache aufgewachsenen Leser ohne besondere Vorkenntnisse des Insolvenzwesens oder Möglichkeiten weiterer Recherche nur begrenzt erschließen. Der Unterrichtung nach Vordruck gemäß Art. 40, 42 EuInsVO nachgebildet ist Gläubigerunterrichtung per Formblatt in der Insolvenz eines Versicherungsunternehmens (§ 88a VAG) oder eines Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitutes (§ 46f KWG).

1268 c) Neben den Insolvenzgläubigern selbst kann der Verwalter eines auswärtigen Verfahrens (Hauptinsolvenzverfahren oder Territorialverfahren) die Anmeldungen im deutschen Verfahren (Territorialverfahren oder Hauptinsolvenzverfahren) vornehmen (Art. 32 Abs. 2, 36 EuInsVO; § 341 Abs. 2 Satz 1 InsO). Dies erleichtert die Gleichbehandlung der Gläubiger, insbesondere die Einhaltung der Anrechnungsregel aus Art. 20 Abs. 2 EuInsVO (§ 342 Abs. 2 InsO). Die Insolvenzgläubiger behalten zwar ihre Dispositionsgewalt (Art. 32 Abs. 2 am Ende, 36 EuInsVO; § 341 Abs. 2 Satz 2 InsO). Aber die Grenzüberschreitung einer Insolvenz kehrt mit der Anmeldebefugnis eines Insolvenzverwalters die Initiative um. Sobald der Gläubiger in irgendeinem Verfahren eine Anmeldung anbrachte, muß er einschreiten, wenn er keine Anmeldung in einem weiteren Verfahren wünscht.

III. Tabelle

1269 Der Insolvenzverwalter (Treuhänder, Sachwalter) erfaßt die Anmeldungen in einer Tabelle (§ 175 Abs. 1 Satz 1 InsO; siehe wegen etwaiger elektronischer Führung auch § 5 Abs. 4 InsO). Sie wird **Besprechungsgrundlage** im **Prüfungstermin** (§ 176 InsO)

17 Zu finden auf den Internetseiten der Bundesregierung: http://www.bmj.bund.de/media/archive/915.pdf (geprüft am 03.11.2009). Siehe auch oben Rn. 804.

sein. Deswegen wird sie eine zeitlang beim Insolvenzgericht zur Einsicht Beteiligter aufgelegt (§ 175 Abs. 1 Satz 2 InsO). Die Niederlegung bei Gericht ist nach der oder zeitgleich mit der Niederlegung der vom Verwalter erstellten Unterlagen über das Schuldnervermögen (§ 154 InsO) weiteres Element in der Schaffung von Transparenz[18].

Die Tabelle wird nach der Feststellung Grundlage für die Verteilungen des Erlöses (§§ 187 ff. InsO) und deswegen nach dem Verfahren Grundlage für Verteilungen im Restschuldbefreiungsverfahren sein (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO). Findet kein Restschuldbefreiungsverfahren statt oder endet ein solches ohne Restschuldbefreiung, wird die Tabelle Grundlage für die wieder mögliche Einzelvollstreckung sein (§ 201 Abs. 2 InsO). 1270

18 Vgl. oben Rn. 499.

§ 29 Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderungen zur Tabelle

Literatur: *Eckardt*, Die Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts, in: Kölner Schrift, S. 743 ff.; *Ehricke*, Die Feststellung streitiger Insolvenzforderungen durch ein Schiedsgericht, ZIP 2006, 1847 ff.; *Förster/Bruhn*, Die Forderungsprüfung durch den Insolvenzverwalter – alte Haftungsfälle mit verschärfter Wirkung!, ZInsO 2002, 802 ff.

I. Prüfung der angemeldeten Insolvenzforderungen

1271 1. Nicht schon die Anmeldung der Insolvenzforderung (§§ 174 f. InsO)[1] gewährleistet Teilnahme an der Erlösausschüttung, sondern **erst** deren Feststellung. Dies ergibt sich aus der Gesamtschau der Bestimmung, daß Verteilung nicht vor dem allgemeinen Prüfungstermin stattfinde (§ 187 Abs. 1 InsO), der Bestimmung, daß ein Verzeichnis zu berücksichtigender Forderungen aufgestellt werde (§ 188 Satz 1 InsO), und der Bestimmung über Nichtberücksichtigung noch streitiger Forderungen (§ 189 Abs. 3 InsO).

1272 Umgekehrt gibt es keine Feststellung **ohne Anmeldung**. Der gewöhnliche Klageweg ist dem Gläubiger versperrt (§ 87 InsO) und öffnet sich allenfalls dann wieder zur Klärung, wenn sich im Insolvenzverfahren Meinungsverschiedenheiten um die Berechtigung der Insolvenzforderung nicht ausräumen lassen (§§ 179 ff. InsO).

1273 2. Die Feststellung geschieht grundsätzlich in einer Gläubigerversammlung (§§ 74 ff. InsO), im sogenannten Prüfungstermin (§§ 176 ff. InsO). Der Prüfungstermin ist einer der wichtigsten im Verfahrensablauf. Prüfung im schriftlichen Verfahren ist Alternative für verspätete Meldungen (§ 177 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 InsO) und für alle Meldungen im ganz oder für diesen Abschnitt schriftlich geführten Kleinverfahren oder Regelverfahren (§ 5 Abs. 2 Satz 1 InsO). Immer steht die Prüfung unter der Regie des Insolvenzgerichts. Die Abhandlung der Insolvenzforderungen steht im Zentrum des gesamten Insolvenzverfahrens. Sie ist die vom Staat geschuldete Justizgewähr und ruht deshalb nicht auf den Schultern des ansonsten weitgehend selbständig agierenden Insolvenzverwalters allein. Doch hat der Insolvenzverwalter entscheidende Mitwirkungsaufgaben. Verpflichtet, für gleichmäßige Bedienung der Gläubiger zu sorgen, wird er die Forderung kraft seiner eigenen Kenntnis aus den Schuldnerunterlagen, aus weiteren Erkundungen vor der Prüfung und aus den während der Prüfung vom anmeldenden Gläubiger und von den anderen Gläubigern vorgebrachten Bekräftigungen und Bedenken kritisch würdigen. Er kann sich aus eigener Kompetenz der Feststellung widersetzen (§ 178 Abs. 1 Satz InsO).

1274 3. Die Feststellungsprozedur ist nicht deswegen entbehrlich, weil der Schuldner und der Insolvenzgläubiger nie um die Berechtigung der Insolvenzforderung stritten. Sogar titulierte oder in einem Endurteil (das meistens schon unter die Schuldtitel fällt) geklärte Insolvenzforderungen bedürfen der Feststellung im Forum aller Insolvenzgläubiger und des Verwalters (vgl. § 179 Abs. 2 InsO). Erfährt die titulierte oder im Endurteil bestätigte Forderung Widerspruch, wird sie ebensowenig festgestellt wie eine untitulierte und unabgeurteilte) bestrittene – denn § 178 Abs. 1 Satz 1 InsO unterscheidet nicht. Die titulierte oder abgeurteilte Forderung wird freilich, was das

1 Siehe zuvor Rn. 1244 ff. (§ 28).

Gesetz nur schwer erahnen läßt (vgl. §§ 179 Abs. 2, 189 InsO), bis auf weiteres auch ohne die Feststellung zur Tabelle im Verteilungsverzeichnis und bei der daraus fließenden Erlösauskehr Berücksichtigung finden[2]. Dies ist Ausnahme von der Grundregel, daß nur Feststellung Beteiligung am Erlös eröffnet. Die Ausnahme rechtfertigt sich mit der Überlegung, daß hinter dem Vollstreckungstitel oder dem Endurteil eine freiwillige Mitwirkung des Schuldners oder eine Prüfung steht, die an Intensität zumindest nicht wesentlich hinter derjenigen im Insolvenzverfahren zurücksteht.

Das Erfordernis einer Feststellung in einem weit gezogenen Kreis von Prüfern begrenzt die Dispositionsgewalt von Schuldner und Gläubiger der einen Insolvenzforderung über eben diese eine Insolvenzforderung. Die Grenze liegt in dem Interesse der jeweils anderen Insolvenzgläubiger an Schonung der Masse und der Verantwortung des Verwalters für die gleichmäßige Bedienung gemäß § 1 Satz 1 InsO. 1275

4. Absonderungsgläubiger brauchen sich der Prüfung nur wegen der Frage zu stellen, inwiefern sie bereits Deckung ihrer gleichzeitig angemeldeten Insolvenzforderung durch das Absonderungsgut erreichen und deshalb nicht an der allgemeinen Erlösverteilung teilnehmen (§ 52 Satz 2 InsO). Nicht ist das Absonderungsrecht allein Gegenstand der Prüfung. 1276

II. Prüfungstermin

1. Der Prüfungstermin (§ 176 InsO) wurde schon im Eröffnungsbeschluß bestimmt (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Er kann mit dem Berichtstermin (§ 156 InsO) verbunden sein (§ 29 Abs. 2 InsO), ihm aber nicht vorangehen. Im Kleinverfahren allerdings kann kein Berichtstermin mit dem Prüfungstermin verbunden oder ihm vorgeschaltet sein, weil ein Berichtstermin dort gar nicht vorgesehen ist (§ 312 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der vorab festgesetzte Prüfungstermin ist der in § 187 Abs. 1 InsO der Ausschüttung vorangestellte »allgemeine« Prüfungstermin – im Unterschied zu besonderen Prüfungsterminen für verspätete Anmeldungen (§ 177 InsO). 1277

2. Der Prüfungstermin ähnelt der mündlichen Verhandlung des Zivilprozesses (§ 128 Abs. 1 ZPO). Die Forderung wird zunächst nur nach ihren Bestimmungsgrößen Betrag und Rang (vgl. §§ 39, 327, 332 Abs. 1 InsO) benannt (§ 176 Satz 1 InsO). Bei Widerstand wird sie näher erörtert (§ 176 Satz 2 InsO), über Betrag und Rang hinausgehend und bei Bedarf jeden Gesichtspunkt aufgreifend, auch eine Eigenschaft als gemäß § 302 InsO von Restschuldbefreiung ausgenommen[3]. Gleichwohl ist die Prüfung weit von der mit dem Prozeß bezweckten Erkenntnis entfernt. Nachhaltige Meinungsverschiedenheit wird aus dem Verfahren hinausverlagert (§§ 179 ff. InsO)[4]. Das hindert allerdings die Gläubigerversammlung nicht, in der Diskussion der einzelnen Forderungen (§ 176 Satz 2 InsO) näher auf vorhandene Unterlagen (vgl. § 174 Abs. 1 Satz 2 InsO) einzugehen und sogar Personen zu befragen. Diese nähere Befassung ist jedoch keine Beweiserhebung im Sinne von §§ 284, 355 ff. ZPO, sondern sieht ihr nur ähnlich. Denn weder das Insolvenzgericht noch die Gläubigerversamm- 1278

2 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 178 InsO, Rn. 12, § 179 InsO, Rn. 11; *Schumacher*, in: MünchKomm, § 179 InsO, Rn. 29 und 43.

3 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 176 InsO, Rn. 14, 16, 24.

4 Unten Rn. 1296 ff.

lung fällt ein auf Überzeugung vom Wahrheitsgehalt einer Tatsachendarstellung gegründetes Urteil über den Bestand der Forderung[5].

III. Feststellung als Ziel

1279 1. Der Gläubiger hofft, daß seine Forderung im Prüfungstermin oder im schriftlichen Prüfungsverfahren festgestellt werde (§ 178 Abs. 1 Satz 1 InsO). Diese Feststellung garantiert nicht nur die Teilnahme an der Erlösausschüttung[6]. Der Gläubiger kann sie auch später, soweit das Insolvenzverfahren ihm keine Befriedigung verschaffte und er deshalb noch ein Nachforderungsrecht behält (§ 201 Abs. 1 InsO), für die Einzelzwangsvollstreckung nutzen (§ 201 Abs. 2 InsO). Dazu darf aber kein Schuldnerwiderspruch verblieben sein (§ 201 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO), obwohl dieser die Feststellung allein nicht verhindert (§ 178 Abs. 1 Satz 2 InsO). Und außerdem darf nicht die Vollstreckung durch ein Restschuldbefreiungsverfahren gesperrt sein (§ 294 Abs. 1 InsO als Verlängerung von §§ 87, 89 Abs. 1 InsO).

1280 2. Wenn der Schuldner den Prüfungstermin versäumt, so versäumt er die Gelegenheit, mittels Widerspruchs den Vollstreckungstitel für die Zeit nach dem Konkurs zu verhindern (§ 201 Abs. 2 Satz 1 InsO). Angesichts dieser Folge gewährt § 186 Abs. 1 InsO ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Zivilprozeßrechts. Wiedereinsetzung in analoger Anwendung von §§ 233 ff. ZPO würde freilich auch schon § 4 InsO ermöglichen. Die Sonderregelung in § 186 InsO geht aber dem allgemeinen Verweis in § 4 InsO vor. Zugleich verschließt sie, da andere Beteiligte außer dem Schuldner nicht erwähnend, den übrigen Beteiligten den Zugriff auf §§ 233 ff. ZPO über § 4 InsO[7].

IV. Feststellung im Termin

1. Kein anhaltender Widerspruch (außer von Schuldnerseite)

1281 a) Nimmt niemand in der Prüfung Anstoß an der angemeldeten Forderung, gilt die Forderung als festgestellt (§ 178 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 InsO). Sogar wenn der Schuldner (als solcher, nicht als Eigenverwalter; siehe § 283 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO) als einziger widerspricht, ist die Forderung festgestellt (§ 178 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der Schuldner muß, will er die Ausschüttung an den betreffenden Gläubiger verhindern, den Verwalter zum feststellungshindernden Widerspruch (§ 178 Abs. 1 Satz 1 InsO) bewegen.

1282 Es erscheint nicht unbedenklich, daß der Schuldner, wenn einmal ein Insolvenzverfahren in Gang geriet, sich gegen eine Forderung allein nicht mehr zur Wehr setzen kann. Der Schuldner wird gehört, kann aber aus eigener Kraft die Feststellung nicht verhindern. Zu rechtfertigen ist dies mit der Objektivität des Verwalters und der Gefahr, daß der Schuldner, wäre sein Widerspruch erheblich, das Insolvenzverfahren im Ganzen obstruierte und den ihm eigenen Fluß völlig aufhöbe.

1283 Die Gefahr, daß die anderen Widerspruchsberechtigten (§ 178 Abs. 1 Satz 1 InsO[8]) ihrerseits eine Strategie der **Totalverweigerung** verfolgen, ist weitaus geringer: Ein anderer Insolvenzgläubiger muß damit rechnen, daß er für seinen Widerspruch gegen eine Forderung Widerstand bei der Prüfung seiner eigenen Forderung erntet. Außerdem liefert er sich einem Prozeßrisiko aus (§ 179 Abs. 1 InsO). Und der Insolvenzverwalter hat von einem Widerspruch nur um des

5 Vgl. *Schumacher*, in: MünchKomm, § 178 InsO, Rn. 47.
6 Oben Rn. 1271.
7 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 186 Rn. 4 InsO.
8 Näher unten Rn. 1292.

Widerspruches willen keinen persönlichen Vorteil (von Verkürzung der Arbeit, festgestellte Forderungen bei der Ausschüttung zu berücksichtigen, einmal abgesehen). Die zur Zurückhaltung mahnenden taktischen Erwägungen vor einem denkbaren Widerspruch bringen freilich mit sich, daß das Ergebnis der Forderungsprüfung nur näherungsweise mit dem wirklichen Schuldenstand übereinstimmt.

b) Der Widerspruch eines anderen als des Schuldners vereitelt die Feststellung im übrigen nur, wenn er bis zum Ende des Prüfungsverfahrens aufrechterhalten bleibt (§ 178 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO). Wenn ein jeder Widerspruchsführer seine Bedenken gegen die angemeldete Forderung zurückzieht, steht die Forderung ebenso da wie eine von vornherein unbestrittene. Die Möglichkeit zur Beseitigung eines zunächst erhobenen Widerspruchs weckt den Verhandlungsdrang. Eine vollkommene Aufklärung erlaubt das insolvenzrechtliche Prüfungsverfahren jedoch nicht, sondern verweist solche in die Individualverfahren (§§ 179 ff. InsO). **1284**

c) Der Feststellung steht nicht entgegen, daß noch eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung (vgl. § 42 InsO) in der Schwebe ist. Es darf auch noch unklar sein, wie weit der Insolvenzgläubiger aus einem Absonderungsrecht Befriedigung erzielt (vgl. § 52 InsO). Doch macht der Feststellungseintrag[9] eine Bedingung namhaft, und er enthält den Vorbehalt eines Absonderungsrechts. Nur dann nämlich halten die aufschiebende Bedingung gemäß § 191 InsO und die Absonderungsmöglichkeit gemäß § 190 InsO die Erlösausschüttung auf[10], und nur dann kann der Verwalter bei Eintritt der auflösenden Bedingung die Ausschüttung unterlassen und bereits Ausgekehrtes als ungerechtfertigte Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB zurückfordern. **1285**

d) Stößt die Forderung nicht im ganzen, sondern nur in einzelnen Bestimmungsgrößen auf Widerspruch, so ist sie im übrigen festgestellt. So kann es beispielsweise sein, daß die Hälfte einer Forderung von allen Beteiligten gebilligt wird und nur am darüber hinausgehenden Betrag jemand Anstoß nimmt.[11] **1286**

2. Eintrag der Feststellung in die Tabelle

Gelingt die Feststellung in der Prüfung ganz oder zum Teil, trägt das Insolvenzgericht dies in die Tabelle ein (§ 178 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 InsO). Diese Maßnahme ähnelt nicht nur äußerlich einem Gerichtsurteil, sondern sie ist ausdrücklich einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt (§ 178 Abs. 3 InsO). Die Gleichsetzung erklärt sich aus der Funktion der Feststellung, die Teilnahme an der Erlösausschüttung sowie an der Verteilung während des Restschuldbefreiungsverfahrens oder die spätere Zwangsvollstreckung zu eröffnen (§§ 187 ff., 292 Abs. 1 Satz 2, 201 Abs. 2 InsO). Sie ist deshalb nicht Verwalteraufgabe. Auch die sonstigen Tabelleneinträge zum Bestand bereits angemeldeter Insolvenzforderungen sind Gerichtsaufgabe, nicht Verwalteraufgabe (§ 178 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 und Satz 2 InsO für Widerspruch; § 183 Abs. 2 InsO für nachträgliche Überwindung eines Widerspruchs oder endgültige Entkräftung einer Anmeldung). Trotzdem bleibt der Verwalter Adresse für nachziehende Anmeldungen – die sogar noch nach dem Prüfungstermin möglich bleiben[12]. **1287**

9 Sogleich Rn. 1287.
10 *Füchsl/Weishäupl*, in: MünchKomm, § 191 InsO Rn. 5, § 190 InsO Rn. 2.
11 Unten Rn. 1293.
12 Oben Rn. 1251.

1288 Über den Mißerfolg in der Prüfung setzt das Gericht den Gläubiger (§ 179 Abs. 3 Satz 1 InsO) durch einen Tabellenauszug in Kenntnis. Richtete sich der Widerspruch gegen eine titulierte oder abgeurteilte Forderung, erhält auch der Widerspruchsführer einen solchen Auszug. Besondere Nachricht vom Erfolg ergeht hingegen nicht (§ 179 Abs. 3 Satz 3 InsO) – selbst wenn immerhin der Schuldner widersprach und so die Entstehung eines Vollstreckungstitels verhinderte (§ 201 Abs. 2 Satz 1 InsO). Nur wo weiterer Handlungsbedarf für die Verteilung innerhalb des Insolvenzverfahrens besteht (§§ 179 Abs. 1, Abs. 2 InsO), erteilt das Gericht demnach Auszüge.

3. Rechtskraft

1289 Die Einstufung des Feststellungseintrages wie ein rechtskräftiges Urteil schließt erneute Prüfung weitgehend aus. Nur noch Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO analog mit § 178 Abs. 3 InsO) oder Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 578 Abs. 1 ZPO analog mit § 178 Abs. 3 InsO) können die Feststellung beseitigen.

1290 Gleichsetzung des Feststellungseintrags mit einem rechtskräftigen Urteil betrifft nach § 178 Abs. 3 InsO nur das Verhältnis des Insolvenzgläubigers zum Verwalter und zu den übrigen Insolvenzgläubigern. Den Schuldner hingegen erwähnt § 178 Abs. 3 InsO nicht, obwohl er der Sache am nächsten steht und es um sein Vermögen geht. Das liegt daran, daß der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes den Schuldner in bezug auf die Masse repräsentiert. Was die Verteilung des Erlöses aus der Masse anbelangt, wirkt der Eintrag also mittelbar auch gegen den Schuldner[13]. Die Wirkung gegenüber den übrigen Insolvenzgläubigern spricht § 178 Abs. 3 InsO wegen deren Interesses an, daß möglichst wenig Beteiligte an der Verteilungsmasse partizipieren. Die auszuschüttenden Erlöse sieht das Gesetz also ähnlich wie Erlös aus beschlagnahmtem Gut in der Einzelvollstreckung bereits den Gläubigern ansatzweise zugeordnet.

1291 Wenn der Schuldner auch für das Insolvenzverfahren nichts mehr ausrichten kann[14], so kann er doch mit seinem Widerspruch verhindert haben, daß die Tabelle nach dem Insolvenzverfahren einen Vollstreckungstitel gegen ihn abgibt[15]. Selbst dies steht allerdings noch unter dem Vorbehalt, daß nicht der Gläubiger den Widerspruch gemäß § 184 Abs. 1 InsO (ggfs. mit § 185 Satz 2 InsO) überwindet oder der Schuldner, wenn schon ein anderer Titel oder ein Endurteil vorliegt, nicht versäumt, seinen Widerspruch gemäß § 184 Abs. 2 InsO zu verfolgen.

V. Keine Feststellung im Termin

1292 1. Die angemeldete Forderung wird nicht festgestellt, soweit ein Widerspruch des Insolvenzverwalters oder eines anderen Insolvenzgläubigers entgegensteht (§ 178 Abs. 1 Satz 1 InsO). Im **Kleinverfahren** ist an Stelle des Insolvenzverwalters der Treuhänder widerspruchsbefugt (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO). Bei **Eigenverwaltung** kann der Schuldner in seiner doppelten Eigenschaft als Schuldner und als Verwalter bestreiten (§ 283 Abs. 1 Satz 1 InsO). Da sich sein Widerspruch nicht leicht im Einzelfall auf seine Rolle als Schuldner reduzieren läßt, geht das Gesetz davon aus, daß der Schuldner in der Eigenverwaltung immer – zumindest auch – als Verwalter widerspricht. Sein Widerspruch hindert daher stets die Feststellung (§ 283 Abs. 1 Satz 2 InsO). Außerdem kann in der Eigenverwaltung der Sachwalter feststellungshindernd widersprechen (§ 283 Abs. 1 InsO).

1293 2. Der **Widerspruch** braucht sich nicht auf die ganze Forderung mit all ihren Bestimmungsgrößen zu beziehen. Er kann sich auf den **Grund**, die **Höhe** oder den

13 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 178 InsO, Rn. 24.
14 Vgl. oben Rn. 1282.
15 Oben Rn. 1279.

Rang beschränken (vgl. § 181 InsO).[16] Die Rechtsprechung differenziert hierbei die Befugnisse zu widersprechen. Namentlich versagt sie dem Insolvenzverwalter (und wohl auch einem anderen Gläubiger) die Befugnis, der Angabe eines Anmeldenden zu widersprechen, die angemeldete Forderung sei vorsätzlicher unerlaubter Handlung entsprungen. Nur der Schuldner selbst soll dieser Angabe zum Forderungsgrund widersprechen dürfen (um so einer späteren Ausnahme von der Restschuldbefreiung gemäß § 302 Nr. 1 InsO[17] vorzubeugen).[18] Die Stellung des Verwalters als neutraler Amtsperson stärkt eine derartige Beschränkung nicht. Soweit die angemeldete Forderung nicht bestritten wird, ist sie festgestellt. Bei mehreren Widersprüchen gilt nur der kleinste gemeinsame Rest. Wer die Forderung in geringerem Umfang bestreiten möchte, als ein anderer es tatsächlich tut, braucht sich nicht zu äußern. Doch muß er damit rechnen, daß der andere seinen Widerspruch zurückzieht. Dann ist die Forderung uneingeschränkt festgestellt (§ 178 Abs. 1 Satz 1 am Ende InsO). Wer diese Gefahr nicht laufen will, sollte seinen eigenen Widerspruch nicht zurückhalten.

3. Widerspruch gegen eine titulierte oder abgeurteilte Forderung verhindert zwar, obgleich feststellungsausschließend, die Berücksichtigung bei der Verteilung vorerst nicht[19]. Aber er hält eine geringe Aussicht offen, den Gläubiger noch mit einer Klärung außerhalb des Insolvenzverfahrens aus der Erlösteilnahme zu verdrängen (§§ 179 Abs. 2, 183 Abs. 1 Fall 2 InsO). 1294

4. Jeden nicht beseitigten Widerspruch trägt das Gericht in die Forderungstabelle ein (§ 178 Abs. 2 Satz 1 InsO), den Schuldnerwiderspruch inbegriffen (§ 178 Abs. 2 Satz 2 InsO). Aus der Tabelle ist also nicht nur überhaupt ersichtlich, ob eine Forderung festgestellt oder nicht festgestellt ist, sondern auch, was uneingeschränkter Feststellung entgegenstand. 1295

VI. Feststellung außerhalb des Insolvenzverfahrens

1. Verlagerung ins gewöhnliche Verfahren

Die verbindliche Klärung einer Forderung verlagern §§ 179 ff. InsO strikt aus dem Insolvenzverfahren hinaus in die gewöhnlichen sachlich einschlägigen Gerichtsverfahren oder Verwaltungsverfahren (§ 185 Satz 1 Fall 2 InsO). Das Ergebnis dieser Verfahren fließt in das Insolvenzverfahren zurück und kann den bisherigen Tabelleneintrag noch ändern (§§ 183 Abs. 1 und 2, 185 Satz 2 InsO). Der Exkurs in die individuelle Rechtsverfolgung ist also der Gesamtvollstreckung untergeordnet. Der gewöhnliche Prozeß steht deswegen nur für die Klärung solcher Insolvenzforderungen offen, die der Gläubiger erfolglos anmeldete. Brachte der Gläubiger seine Forderung noch nicht durch Anmeldung zur Sprache oder fand die Prüfung noch nicht statt (weil die Anmeldung den allgemeinen Prüfungstermin wegen Verspätung nicht mehr erreichte), bleibt gemäß § 87 InsO individuelle Rechtsverfolgung unzulässig[20]. 1296

16 Oben Rn. 1286.
17 Siehe unten Rn. 1589.
18 BGH, Urteil vom 12. Juni 2008 – IX ZR 100/07, NJW 2008, 3285, 3286.
19 Siehe oben Rn. 1274.
20 BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 165/02, DZWIR 2004, 200, 201 f., mit Anmerkung *Becker*, DZWIR 2004, 202, 204 f.

2. Aufbau auf bereits früher erreichtem Sachstand

1297 Die Klärung außerhalb des Insolvenzverfahrens baut auf den vor dem Prüfungstermin bereits erreichten Stand der Dinge auf. Es kann, wer nach §§ 179, 184, 185 InsO mit der Initiative belastet ist, nicht etwa in jedem Falle ein Gerichtsverfahren oder ein Verwaltungsverfahren gemäß §§ 180 Abs. 1, 185 Satz 1 InsO mit einem Feststellungsantrag neu beginnen – und dann der besonderen Bestimmung zur örtlichen Zuständigkeit in §§ 180 Abs. 1 Sätzen 2 und 3 InsO unterworfen sein. War ein Verfahren in der Schwebe, so wird es fortgesetzt. Insbesondere ist ein zwischen Forderndem und Schuldner begonnener und dann gemäß § 240 ZPO unterbrochener Prozeß aufzunehmen (§§ 180 Abs. 2, 185 Satz 2 InsO). Lag schon eine Entscheidung vor, so stehen die allgemeinen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Je nach Entwicklungsstand des Verfahrens kann es noch Einspruch gegen ein Versäumnisurteil oder gegen einen Vollstreckungsbescheid, Berufung oder Revision, Widerspruch oder Anfechtungsklage gegen einen Zahlungsbescheid, Einspruch gegen einen Steuerbescheid geben. Fristen für statthafte Rechtsbehelfe hörten mit der Unterbrechung zu laufen auf (§ 249 Abs. 1 ZPO). Es kann aber ebensogut nur noch Wiederaufnahme (§ 578 Abs. 1 ZPO) oder Vollstreckungsabwehrklage (§§ 767 Abs. 1, 795 ZPO) möglich sein.

3. Initiative

1298 a) Die Initiative zur Klärung liegt grundsätzlich beim anmeldenden (vorgeblichen) **Gläubiger** (§ 179 Abs. 1 InsO). Denn ihm ist daran gelegen, daß die Forderung festgestellt werde.

1299 b) Mühen und Risiko (insbesondere die Kosten betreffend) eines separaten Verfahrens muß der Anmeldende aber dann nicht auf sich nehmen, wenn die Forderung bereits **tituliert** oder mit **Endurteil** (das regelmäßig vollstreckbar und damit gleichfalls Titel ist) geklärt ist. Schuldtitel kann auch der Tabellenauszug aus einem früheren Insolvenzverfahren (§ 201 Abs. 2 InsO) oder Konkurs alten Rechts (§ 164 Abs. 2 KO) sein. Der Titel oder das Endurteil ist dem Insolvenzverfahren grundsätzlich genügender Ausweis der Forderung. Zwar verhindert auch bei Existenz eines Titels der Widerspruch die Feststellung zur Tabelle gemäß § 178 Abs. 1 Satz 1 InsO. Aber der Gläubiger nimmt ausnahmsweise auch ohne Feststellung an der Erlösverteilung teil[21]. Andererseits ist der Widerspruch nicht nutzlos. Denn der Widersprechende kann die einmal von ihm ergriffene Initiative gegen die titulierte Forderung außerhalb des Insolvenzverfahrens weiterverfolgen und die Berechtigung seines Widerspruchs feststellen lassen. Das Verfahren außerhalb des Insolvenzverfahrens anzustoßen ist dann folgerichtig Aufgabe des Widerspruchsführers (§§ 179 Abs. 2 InsO) und nicht des Gläubigers. Hätte hingegen der Widersprechende in der Prüfung geschwiegen, könnte er ebensowenig außerhalb auf Klärung antragen, wie noch jemand nach Feststellung einer untitulierten Forderung im Termin nachträglich eine Prüfung außerhalb des Insolvenzverfahrens veranlassen dürfte.

1300 Allzu große Hoffnungen sollte sich der gegen eine **titulierte Forderung** ankämpfende Widerspruchsführer allerdings nicht machen. Ihm stehen nur die allgemeinen Behelfe gegen Urteil und Titel zu Gebote, was sich zumeist in Vollstreckungsgegenklage

21 Oben Rn. 1294.

und Wiederaufnahme erschöpft[22]. Bei der Vollstreckungsabwehrklage ist die Präklusion (§§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO) zu beachten. Keine Präklusion kennt freilich derjenige Titel, welcher nicht rechtskraftfähig ist. So bleibt volle Überprüfung einer notariellen Urkunde mit Unterwerfungsklausel (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) unbenommen (§ 797 Abs. 4 ZPO schließt Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO ausdrücklich aus).

Schuldtitel oder Endurteil nach § 179 Abs. 2 InsO können auch im Ausland erlangt sein. Voraussetzung ist allerdings, daß der Titel in Deutschland vollstreckbar ist beziehungsweise das Urteil in Deutschland anerkannt. Dies richtet sich nach der europäischen Verordnung über die grenzüberschreitende Vollstreckung[23] oder nach internationalen Vereinbarungen (jeweils mit deutschem Ausführungsrecht[24]), ansonsten nach dem deutschen Internationalen Zivilprozeßrecht. Ein zur Prüfung im deutschen Insolvenzverfahren vorweisbarer Titel kann sich für den Gläubiger unter anderem daraus ergeben, daß er an einem ausländischen Konkurs über das Vermögen desselben Schuldners teilgenommen hatte und nach den Vorschriften des auswärtigen Konkursrechtes ähnlich wie im deutschen Insolvenzverfahren nach § 201 Abs. 2 InsO eine vollstreckungsfähige Bestätigung gewann (vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe k EuInsVO). Die grenzüberschreitende Anerkennung der Bestätigung aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union richtet sich nach Art. 38 Abs. 1 EuGZAVVO. Die Feststellung zur Tabelle ist, wenngleich auf nur schwacher Erkenntnis aufbauend, gerichtliche Entscheidung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 EuGZAVVO. Die Verordnung zur grenzüberschreitenden Vollstreckung ist zwar nicht auf Insolvenzverfahren anzuwenden (Art. 1 Abs. 2 Buchstabe b EuGZAVVO), weil die grenzüberschreitende Insolvenz in der europäischen Insolvenzverordnung besonders geregelt ist. Die europäische Insolvenzverordnung regelt aber nur die grenzüberschreitende Gesamtvollstreckung und nicht mehr das individuelle Vorgehen nach einem Konkurs. Nur in bezug auf die Gesamtvollstreckung tritt die Vollstreckungsverordnung hinter die Insolvenzverordnung zurück. Und der Titel aus früherem Insolvenzverfahren bleibt, ebenso wie beispielsweise ein vollstreckbares Urteil, Instrument der Einzelvollstreckung auch dann, wenn er in ein neues Insolvenzverfahren eingeführt wird. **1301**

c) Am Gläubiger wiederum liegt es, für Klärung außerhalb des Insolvenzverfahrens zu sorgen, wenn nur der Schuldner widersprach (§§ 184 Abs. 1 Satz 1, 185 Satz 2 InsO). Gibt es aber zugunsten des Gläubigers einen Titel oder ein Endurteil, so schiebt § 184 Abs. 2 InsO die Initiative dem Schuldner zu (ähnlich wie § 179 Abs. 2 InsO anderen Bestreitenden). Die Klärung der Forderung ist für das Insolvenzverfahren nicht mehr von Belang. Selbst wenn sie mißlingen sollte, bleibt es bei der durch den Schuldnerwiderspruch allein nicht verhinderten (§ 178 Abs. 1 Satz 2 InsO) Feststellung der Insolvenzforderung und daher auch bei der Bedienung des Gläubigers mit Erlösanteilen (§§ 187 f. InsO). **1302**

Vom Ausgang der externen Klärung nach § 184 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 InsO hängt lediglich ab, ob der Insolvenzgläubiger zwecks Nachforderung (§ 201 Abs. 1 InsO) aus der Tabelle einen Titel (eventuell als weiteren Titel) ableiten kann (§ 201 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO). Der Gläubiger soll frühzeitig die spätere Vollstreckung vorbereiten können, um keine Nachteile gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern zu erleiden, deren Forderung unwidersprochen blieb und die in der Einzelvollstreckung wieder seine Rivalen sein werden. Diese Vorbereitung der **Individualvollstreckung** mit Hilfe der Tabelle ist Ausnahme zur Exklusivität der Gesamtvollstreckung gemäß § 87 InsO. Sie unterscheidet die angemeldete von der unangemeldeten Forderung, deren individuelle Feststellung dem Gläubiger gemäß § 87 InsO versagt bleibt[25]. Die voll- **1303**

22 Oben Rn. 1297.

23 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001, L 12/1.

24 Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG), vom 19. Februar 2001, BGBl. I 2001, 288, zuletzt geändert am 17. April 2007, BGBl. I 2007, 529.

25 Oben Rn. 210 f.

streckungsvorbereitende externe Klärung ist aber auf der anderen Seite auch Ausdruck des Befriedigungsgleichmaßes (§ 1 Satz 1 InsO), indem die Insolvenzgläubiger, sofern sie sich überhaupt an Befriedigung interessiert zeigten, mit möglichst gleichen Startbedingungen zurück in den Befriedigungswettlauf entlassen werden. Auf Nutzung der Tabelle als Vollstreckungstitel zielende Feststellung darf der Gläubiger auch dann betreiben, wenn der Schuldner auf Restschuldbefreiung antrug. Denn vorderhand ist ungewiß, ob der Schuldner wirklich Restschuldbefreiung erlangt. War vor Eröffnung schon ein Verfahren in Gang gekommen, aber spätestens mit Eröffnung unterbrochen (§ 240 ZPO), so kann der Gläubiger dieses mit Aufnahme (§ 250 ZPO) seinem Anliegen dienlich machen (§§ 184 Abs. 1 Satz 2, 185 Satz 2 InsO). Gibt es schon eine Entscheidung mindestens des ersten Rechtszuges, die aber noch keine Rechtskraft erlangte, so muß sich der Schuldner um die Aufnahme kümmern, da § 184 Abs. 2 Satz 1 InsO ihm den Anstoß zur Klärung anheimstellt.

1304 War freilich der Schuldner Eigenverwalter, so verhinderte sein Widerspruch die Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle (§ 283 Abs. 1 Satz 2 InsO). Dann gilt die gewöhnliche Verteilung der Initiative gemäß § 179 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO.

4. Beteiligte und Klärungsbegehren

1305 Ist der Widerspruchsführer nicht der Schuldner selbst, so müssen für die Klärung außerhalb des Insolvenzverfahrens die üblichen Rollen neu besetzt werden. Der Gläubiger steht jetzt nicht dem Schuldner, sondern dem Verwalter oder einem anderen Gläubiger gegenüber. Der Verwalter oder der andere Gläubiger nimmt die Position des Schuldners ein. Die Auswechslung der Beteiligten findet sowohl dann statt, wenn der Gläubiger die Initiative zu ergreifen hat, als auch dann, wenn sie beim Widersprechenden liegt[26].

1306 Im Falle des Verwalters ist der Rollentausch seiner Eigenschaft als Partei kraft Amtes (vgl. § 116 Abs. 1 Satz 1 ZPO) leicht begreiflich. Der Verwalter repräsentiert den Schuldner in allen Belangen des Insolvenzverfahrens, selbst wenn dazu externe Verfahren anzustrengen sind. Dies begegnet bereits bei der Bewirtschaftung der Masse[27]. Die Klärung eines einzelnen Anspruchs, an der der Verwalter mitwirkt, betrifft die Abwicklung der Masse im Ganzen. Aber auch das Einrücken eines widersprechenden Gläubigers in die Stelle des Schuldners erklärt sich aus der generellen Bedeutung der Klärung für die Abwicklung der Masse. Diese generelle Bedeutung der individuellen Klärung ist in § 183 Abs. 1 InsO (gegebenenfalls mit § 185 Satz 2 InsO) besonders angeordnet – für die Klärung unter Mitwirkung des widersprechenden Gläubigers konstitutiv und für die Klärung unter Beteiligung des Verwalters lediglich bestätigend.

1307 Der Rollenwechsel findet nicht nur statt, wenn ein externes Verfahren erst noch begonnen werden muß. Auch in einem bereits zwischen Forderndem und Schuldner angelaufenen und dann unterbrochenen Verfahren (§ 240 ZPO) besetzt der Widerspruchsführer, wenn er gemäß § 180 Abs. 2 InsO (ggfs. mit § 185 Satz 2 InsO) den Rechtsstreit aufnimmt, die Stelle des Schuldners. An die Stelle der Leistungs- oder Feststellungsklage des Gläubigers oder der negativen Feststellungsklage des Schuldners tritt der Antrag des Bestreitenden, daß das Gericht Begründetheit des Widerspruchs feststellen möge; dies ergibt sich mittelbar aus § 183 Abs. 1 InsO. Die Parteiauswechselung und die Klageumstellung sind keine den Anforderungen des § 263 ZPO unterliegende Klageänderung. Sie sind wie die Fälle von § 264 ZPO als Nichtänderung anzusehen. Die Zulässigkeit folgt, ohne daß § 264 ZPO bemüht werden müß-

26 Zur Initiative zuvor Rn. 1298 ff.
27 Oben Rn. 879 und Rn. 901.

te, aus der Anordnung in §§ 179 Abs. 1 oder Abs. 2, 180, 185 Satz 2 InsO, daß der steckengebliebene Prozeß zu nutzen und eben kein neuer Prozeß zu beginnen sei.[28]

5. Gegenstand der externen Klärung

a) Die Klärung außerhalb des Insolvenzverfahrens gilt nur der Differenz zwischen Anmeldung und Position des Widerspruchs. Es kann sich um die Forderung im Ganzen handeln oder um einzelne ihrer Bestimmungsgrößen, insbesondere um die Höhe. Der Widerspruch bestimmt den höchstmöglichen Umfang der externen Klärung. Das Klärungsbegehren kann hinter ihm zurückbleiben, darf ihn aber nicht überschreiten. Wenn sich bei der externen Untersuchung neue Gesichtspunkte herausstellen, so wirkt sich das nur in dem durch Anmeldung und Widerspruch gesteckten Rahmen aus. 1308

b) Der fordernde Gläubiger kann nicht außerhalb des Insolvenzverfahrens etwas feststellen lassen, was er nicht anmeldete (§ 181 InsO). Er kann also nicht unversehens den gewünschten Betrag verdoppeln. Er kann aber wegen § 87 Abs. 1 InsO auch nicht das noch einmal feststellen lassen, was in der Prüfung beanstandungsfrei blieb und deshalb schon zur Tabelle festgestellt ist. 1309

c) Auf der anderen Seite kann der Widerspruchsführer nicht im externen Verfahren angreifen, was er nicht schon in der Prüfung angriff. Er kann nicht, wenn er in der Prüfung meinte, daß die Forderung nur zu zwei Dritteln berechtigt sei, wenn er sie also in Höhe eines Drittels bestritt, außerhalb des Insolvenzverfahrens die ganze Forderung bekämpfen. Dabei bleibt es auch dann, wenn sich bei dem externen Verfahren herausstellt, daß die Forderung im Ganzen unberechtigt ist. Der Bestreitende kann auch nicht vorbeugend gegen eine Forderung ankämpfen, die ihr Inhaber noch gar nicht angemeldet hatte. 1310

6. Zeit

Dem Schuldner als Widerspruchsführer setzt § 184 Abs. 2 Satz 2 InsO einen knappen Zeitrahmen für seine in § 184 Abs. 2 Satz 1 InsO ihm überlassene Klärungsinitiative. Die Rechte nach § 179 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO oder § 184 Abs. 1 InsO hingegen, die Forderung außerhalb des Insolvenzverfahrens klären zu lassen, unterliegen keiner Frist. Doch ergibt sich Zeitdruck mittelbar. 1311

a) Obliegt dem Gläubiger die Initiative (§ 179 Abs. 1 InsO), so droht ihm, daß er bei der anstehenden Erlösverteilung unberücksichtigt bleibt. Er muß zwar nicht umgehend Erfolg vorweisen können. Aber er muß binnen zweier Wochen zumindest zeigen, wie weit er sich um die Klärung bemüht (§ 189 Abs. 1 InsO). Tut er es, hält der Verwalter einen Erlösanteil zurück (§ 183 Abs. 2 InsO). Tut er dies nicht, hält der Verwalter keinen Erlösanteil zurück (§ 183 Abs. 3 InsO). Der Insolvenzgläubiger kann nun nur noch auf eine weitere Verteilung (§§ 187 Abs. 2 Satz 1, 192 InsO) hoffen und immerhin zu dieser den Beginn der externen Klärung oder sogar schon deren Ergebnis melden. 1312

b) Obliegt die Initiative gemäß § 179 Abs. 2 InsO dem Bestreitenden, so drängt ihn die Zeit insoweit, als der Gläubiger kraft seines Titels oder seines Endurteils auch ohne Feststellung bis auf weiteres an jeder Ausschüttung zu Lasten der übrigen Insolvenzgläubiger teilhat. 1313

7. Rücktrag des Ergebnisses ins Verfahren

Die außerhalb gewonnene Klarheit wirkt zwar allseitig (§ 183 Abs. 1 InsO). Aber sie muß in das Insolvenzverfahren eingeführt werden. Trotz Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InsO) forscht das Insolvenzgericht nicht nach dem Stand der 1314

28 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 180 InsO, Rn. 21.

Dinge. Auch muß der Insolvenzverwalter nicht von Zeit zu Zeit nachfragen[29]. Das Ergebnis der Klärung in das Insolvenzverfahren einzuführen ist Angelegenheit desjenigen, welcher seine Auffassung durchsetzte. Er stellt dazu beim Insolvenzgericht einen Antrag auf **Berichtigung der Tabelle** (§ 183 Abs. 2 InsO). Das ist nicht notwendig derjenige, welcher die externe Klärung anstieß. Wenn jede Seite teilweise obsiegt, so teilt sich die Obliegenheit, beim Insolvenzgericht für Nachtrag in der Tabelle zu sorgen.

1315 Der obsiegende Gläubiger meldet beim Insolvenzgericht, daß die bestrittene Forderung nunmehr (ganz oder zum Teil) festgestellt sei. Er tut dies zum einen dann, wenn er selbst gemäß § 179 Abs. 1 InsO oder § 184 Abs. 1 Satz 1 InsO die Klärung in die Hand genommen hatte. Er genießt darauf uneingeschränkte Erlösausschüttung, soweit die Feststellung reicht. Der Verwalter hält nun nichts mehr gemäß § 189 Abs. 2 InsO zurück. Der Gläubiger meldet aber auch, daß es dem Widerspruchsführer mißlang, einen Titel oder ein Endurteil gemäß § 179 Abs. 2 InsO zu entkräften. Damit ist dann sicher, daß die angesichts des Titels oder des Endurteils ausnahmsweise ohne Feststellung möglichen Auszahlungen an den Insolvenzgläubiger[30] nicht mehr wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) zurückgerufen werden können[31]. Auch seine erfolgreiche Verteidigung gegen den Angriff des Schuldners nach § 184 Abs. 2 Satz 1 InsO meldet der Gläubiger. Er sichert sich damit den Tabellenauszug nach § 201 Abs. 2 InsO.

1316 Der obsiegende Widerspruchsführer meldet zur Tabelle, daß sein Widerspruch (ganz oder teilweise) berechtigt war. Von nun an braucht der Insolvenzverwalter keinen Erlösanteil mehr für den Insolvenzgläubiger zurückzuhalten. Genoß der Insolvenzgläubiger trotz des Widerspruchs bereits Erlösauskehr, muß er nun das Empfangene zur Masse erstatten (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB).

8. Kosten

1317 a) Die Kosten der externen Klärung verteilen sich zunächst einmal nach dem für jenes Verfahren geltenden Schema. Insbesondere gilt für den Zivilprozeß die Kostenverteilung nach §§ 91 ff. ZPO. War in dem Verfahren der Verwalter Gegner des Gläubigers, so bedeutet Zuweisung der Kostenlast an den Verwalter eine Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

1318 b) Mußte der Gläubiger gegen einen anderen Gläubiger ankämpfen und gewann, so hält er sich in erster Linie an diesen anderen Gläubiger. Zugleich aber ist das, was er vorschoß oder was ihn, wenn beim Gegner uneinbringlich, noch treffen kann, Teil seiner Kosten der Teilnahme am Insolvenzverfahren. Das verschafft dem Gläubiger nicht den Status eines Massegläubigers, sondern eine nachrangige Insolvenzforderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

1319 c) Wenn der Gläubiger gegen den Schuldner oder der Schuldner gegen den Gläubiger anging (§ 184 InsO), so ist das bei großzügiger Sichtweise ebenfalls noch unter die Teilnahmekosten zu rechnen. Die Feststellung ist zwar nicht für die Erlösausschüttung vonnöten, sondern nur für eine spätere Zwangsvollstreckung (§ 201 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO). Aber der Weg dorthin führt über die Tabelle und damit durch das Insolvenzverfahren.

1320 d) Wenn ein anderer Gläubiger den Inhaber der bestrittenen Forderung bezwingt und dadurch dessen Erlösbeteiligung hindert oder rückgängig macht, so hat er nicht nur für sich, sondern auch für die Masse insgesamt einen Erfolg errungen. Das honoriert § 183 Abs. 3 InsO mit einer Erstattung. Der andere Gläubiger ist insoweit Massegläubiger. Die Regelung in § 183 Abs. 1 InsO ähnelt der Belohnung des erfolgreich oder im Auftrag anfechtenden Insolvenzgläubigers im Kleinverfahren (§ 313 Abs. 2 Satz 2 oder 4 InsO).

29 *Schumacher*, in: MünchKomm, § 183 InsO, Rn. 7.
30 Siehe oben Rn. 1274.
31 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 183 InsO, Rn. 14.

§ 30 Erlöserzielung aus Verwertung

Literatur: *Becker*, Mobiliarsicherheiten im Internationalen Insolvenzrecht, in: *Patti* u.a., Klauselrichtlinie. Mobiliarsicherheiten. Strafverfolgung, 2005, S. 75 ff.; *Berger*, Die Verwertung verpfändeter Aktien in der Insolvenz des Sicherungsgebers, ZIP 2007, 1533 ff.; *Berger*, Die Verwertung von Absonderungsgut – im Spannungsverhältnis von Bürgerlichem Recht, Insolvenzrecht und Europäischem Recht, KTS 2007, 433 ff.; *Ch. Berger*, Die Einziehung zur Sicherheit abgetretener Forderungen nach § 166 Abs. 2 InsO durch den Insolvenzverwalter, in: Festschrift Fischer, 2008, S. 1 ff.; *Berner*, Sicherheitenpools der Lieferanten und Banken im Insolvenzverfahren, 2006; *von Bismarck/Schümann-Kleber*, Insolvenz eines deutschen Sicherungsgebers – Auswirkungen auf die Verwertung im Ausland belegener Kreditsicherheiten, NZI 2005, 89 ff.; *von Bismarck/Schümann-Kleber*, Insolvenz eines ausländischen Sicherungsgebers – Anwendung deutscher Vorschriften auf die Verwertung in Deutschland belegener Sicherheiten, NZI 2005, 147 ff.; *Blunk*, Zur Verwertbarkeit von Datenbeständen in der Insolvenz, 2006; *Burgermeister*, Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht, 2. Aufl., 1996; *Dahl*, Die Behandlung der Kostenbeiträge nach §§ 170, 171 InsO bei Übersicherung des Sicherungsgläubigers unter besonderer Berücksichtigung des Sicherheitenpools, NZI 2004, 615 ff.; *Frenzel/Gundlach/N. Schmidt*, Die Verwertungsbefugnis aus §§ 166 ff. InsO, NZI 2001, 119 ff.; *Frenzel/Gundlach/N. Schmidt*, Die Rechtsstellung des Absonderungsberechtigten im Fall der Verwertung eines Gegenstands gem. §§ 166 ff. InsO, ZInsO 2001, 537 ff.; *Furche*, Das Gesamtgrundpfandrecht in der Insolvenz, 2005; *Ganter*, Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung, NZI 2008, 583 ff.; *Gassert-Schumacher*, Privilegien in der Insolvenz, 2002; *Gerhardt*, Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren, 11. Aufl., 2005; *P. Gottwald/Adolphsen*, Die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger in der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift, S. 1043 ff.; *Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrecht im internationalen Rechtsverkehr, 2005; *Grau*, Realisierung von Absonderungsrechten an Forderungen aus nichterfüllten Verträgen, 2006; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Die Mitteilungspflicht des § 168 InsO, DZWIR 2001, 18 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Der Anwendungsbereich der §§ 170, 171 InsO, DZWIR 2001, 140 ff.; *Gundlach/Frenzel/N. Schmidt*, Das Auskunftsrecht des § 167 InsO, KTS 2001, 241 ff.; *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, Die Mietkaution in der Insolvenz des Vermieters, DZWIR 2008, 189 ff.; *Häcker*, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001; *Hanau/Berscheid*, Übertragende Sanierung vor und in der Insolvenz, in: Kölner Schrift, S. 1541 ff.; *Harder*, Ersatzabsonderung und dingliche Surrogation, KTS 2001, 97 ff.; *Haunschild*, Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters und Kostenbeiträge der Gläubiger nach §§ 165 ff. InsO, DZWIR 1999, 60 ff.; *Hintzen*, Grundstücksverwertung durch den Treuhänder in der Verbraucherinsolvenz, ZInsO 2003, 586 ff.; *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung, 2005; *Höpfner*, Möglichkeiten des Insolvenzverwalters zur Rückgängigmachung oder wirtschaftlichen Kompensation der Freigabe, ZIP 2000, 1517 ff.; *Jacobi*, Die Verwertung des Mietkaufgegenstandes in der Insolvenz, ZVI 2007, 405 ff.; *Kammel*, Ausgewählte Probleme des Unternehmenskaufs aus der Insolvenz, NZI 2000, 102 ff.; *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier*, Ausgewählte Probleme bei der Verwertung von Mobiliarsicherheiten, in: Kölner Schrift, S. 1083 ff.; *Klauze*, Urheberrechtliche Nutzungsrechte in der Insolvenz, 2006; *Liersch*, Sicherungsrechte im Internationalen Insolvenzrecht, NZI 2002, 15 ff.; *Marrder*, Verwertung von Filmrechten in der Insolvenz, 2006; *Mitlehner*, Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, 2007; *Mönning*, Verwertung und Nutzung von Gegenständen mit Absonderungsrechten, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 239 ff.; *Obermüller*, Kostenbeiträge und Ausgleichsansprüche bei Verwertung von Mobiliarsicherheiten, NZI 2003, 416 ff.; *Onusseit*, Einige umsatzsteuerliche Aspekte in der Insolvenz, insbesondere steuerliche Risiken bei der Betriebsfortführung, KTS 2004, 537 ff.; *Pallas*, Die Rechtsstellung der Sicherungsgeber bei der Verwertung des Sicherungseigentums, 2003; *Plappert*, Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz, 2008; *Plössner*, Der (Teil-)Betriebsübergang im Insolvenzverfahren nach der neueren nationalen wie gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung, NZI 2003, 401 ff.; *Pobuda*, Fortgesetzte Vermögensbewirtschaftung in der Insolvenz, 2004; *Raab*, Probleme bei der Immobilienverwertung aus der Sicht des Insolvenzverwalters, DZWIR 2006, 234 ff.; *Ries*, Der Wunsch des Absonderungsgläubigers nach Eigenverwaltung – Reaktionspflichten und Abwägungspotential des Insolvenzverwalters, ZInsO 2007, 62 ff.; *Rossbach*, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, 2006; *Schnurr*, Einkommensteuer

infolge abgesonderter Befriedigung – Zur Berücksichtigung und Durchsetzbarkeit des staatlichen Vermögensanspruchs, in: Festschrift Braun, 2007, S. 309 ff.; *Sinz*, Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift, S. 593 ff.; *Sinz/Hefermehl*, Unternehmensinsolvenz. Abwicklung und Liquidation, 2. Aufl., 2003; *Smid*, Zwangsvollstreckung und Passivprozeß durch Sicherungsnehmer als Gläubiger und Kläger in der Insolvenz des Sicherungsnehmers [richtig: Sicherungsgebers], ZInsO 2001, 433 ff.; *Smid*, Kreditsicherheiten in der Insolvenz des Sicherungsgebers, 2003; *Spieker*, Die Unternehmensveräußerung in der Insolvenz. Ein Beitrag zu den Möglichkeiten der Unternehmensverwertung sowie zu den besonders bedeutsamen Rechtshandlungen im Sinne der §§ 160 ff. InsO, Diss. Bonn, 2001; *Stehle*, Die Stellung des Vollstreckungsgläubigers bei grenzüberschreitenden Insolvenzen in der EU. Dargestellt am Beispiel England – Deutschland, 2006; *Steinwachs*, Die Insolvenzfestigkeit des Sicherheitenpoolvertrages, NJW 2008, 2231 ff.; *Tetzlaff*, Probleme bei der Verwertung von Grundpfandrechten und Grundstücken im Insolvenzverfahren, ZInsO 2004, 521 ff.; *Weis/Ristelhuber*, Die Verwertung von Grundbesitz im Insolvenzverfahren und die Kostenpauschalen für die Insolvenzmasse, ZInsO 2002, 859 ff.; *Weerth*, Umsatzsteuer bei der Verwertung sicherungsübereigneter Gegenstände, ZInsO 2003, 246 ff.; *Weerth*, Aktuelle insolvenzrechtlich bedingte Problembereiche der Umsatzsteuer, ZInsO 2008, 1252 ff.; *Xu*, Die Rechtsstellung von dinglich gesicherten Gläubigern im Unternehmensinsolvenzverfahren, 2008; *Zahn*, Das Sicherungseigentum der Bank in der Insolvenz der Leasinggesellschaft, ZIP 2007, 365 ff.

I. Allgemeines zur Verwertung von unbelastetem Gut und Gut mit Absonderungsrechten

1321 1. Neben der Prüfung der angemeldeten Insolvenzforderungen ist die Verwertung des Schuldnervermögens ein zentraler Vorgang im Insolvenzverfahren. Die Verwertung erzeugt die Teilungsmasse, aus der die nach dem Ergebnis der Forderungsprüfung (§§ 176 ff. InsO) zu berücksichtigenden Insolvenzgläubiger befriedigt werden (§ 187 Abs. 2 Satz 1 InsO) – sofern die Masseschulden gedeckt sind (§ 53 InsO).

1322 Wenn nachfolgend von Verwertung und Verwertungsrecht oder Befriedigungsrecht die Rede ist, begreift das gemäß § 166 Abs. 2 InsO auch eine Forderungseinziehung und das Recht hierzu. Dieser Sprachgebrauch deckt sich nicht ganz mit dem der europäischen Insolvenzverordnung. Art. 5 Abs. 2 Buchstaben a und b EuInsVO trennen zwischen Verwertung mit Befriedigung einerseits und Forderungseinziehung andererseits. Im Ergebnis besteht aber kein Unterschied, weil in Art. 5 EuInsVO beides gleich behandelt wird.

1323 2. Die Verwertung obliegt im Grundsatz dem Insolvenzverwalter (§ 159 InsO) oder an seiner Stelle im Kleinverfahren dem Treuhänder (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO) oder dem eigenverwaltenden Schuldner (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Verwalter beginnt damit nicht sofort bei Amtsantritt, sondern erst, wenn der Verlauf des Insolvenzverfahrens sich näher abzeichnet. Abzuwarten ist nach § 159 InsO der Berichtstermin, in dem die Gläubigerversammlung die Weichen für den Umgang mit dem Schuldnervermögen stellt (§ 157 InsO)[1]. Die Gläubigerversammlung kann die Verwertung noch über den Berichtstermin hinaus zurückstellen (§ 159 a.E. InsO) – sei es um Zeit für Erstellung eines Insolvenzplans mit oder ohne Verwertungsbestimmungen zu gewinnen, sei es um ohne Insolvenzplan das Vermögen sich noch einige Zeit entwickeln und womöglich konsolidieren zu lassen.

1324 Würde der Insolvenzverwalter schon vor dem Berichtstermin oder entgegen einem Beschluß der Gläubigerversammlung, die Verwertung noch aufzuschieben, zur Verwertung schreiten, so wären seine Maßnahmen nicht ungültig. Seine **Kompetenz zur**

1 Siehe auch oben Rn. 1229.

Verwertung erlangte der Verwalter bereits mit der Verfahrenseröffnung[2]. Mit seinem übereilten, der Gläubigerversammlung vorgreifenden Handeln kann er allerdings Aufsichtsmaßnahmen bis hin zur Abberufung (§§ 58 ff. InsO) sowie Haftpflicht (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO) wegen Verkürzung von Befriedigungschancen auf sich ziehen.

3. Mit Verwertung darf man die äußerlich oft nicht von Verwertung zu unterscheiden- 1325
den Maßnahmen des Verwalters zur **Massebewirtschaftung** nicht verwechseln.[3] Massebewirtschaftung betreibt der Verwalter in der Tat sogleich mit Eröffnung (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO). Das kann je nach Zuschnitt des Schuldnervermögens und Situation am Markt bis hin zur Veräußerung von Unternehmensteilen gehen. Gewichtige Transaktionen müssen allerdings mit den Gläubigerorganen abgestimmt werden (§§ 158, 160 InsO). Auch wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 22 InsO) schon während des Eröffnungsverfahrens Erlös erzielte, war das keine Verwertung, sondern nur Bewirtschaftung. Verwertung steht dem vorläufigen Insolvenzverwalter auch mit stärkster Machtfülle niemals zu.[4]

Die nun anstehende Verwertung erkennt man nicht immer daran, daß ein Gegenstand 1326
aus dem Vermögen für immer ausgeschieden wird (insbesondere aufgrund Verkaufs nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). Wiederum gibt letztlich die subjektive Tendenz den Ausschlag: Trifft der Verwalter aus seiner Sicht die Maßnahme immer noch zur Bewirtschaftung einer (wenngleich allmählich schrumpfenden) Gesamtheit mit dem Nebeneffekt eines Erlöses oder allein zwecks Erlöserzielung?

4. Im Kleinverfahren sieht das Gesetz den Berichtstermin nicht eigens vor (§ 312 Abs. 1 Satz 2 1327
InsO). Der Übergang von der Liquidation nach Gesetz zu einem Insolvenzplan ist ausgeschlossen (§ 312 Abs. 2 InsO). Das heißt jedoch nicht, daß der Treuhänder (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO) sich mit Verfahrenseröffnung blindlings in die Verwertung stürzte. Auch im Kleinverfahren wird der Verwalter, wo es sich anbietet, auf einen günstigen Moment für die Verwertung zuarbeiten und mehr oder minder lang lediglich bewirtschaften. Es kann auch sein, daß eine Verwertung überhaupt nicht sinnvoll erscheint. Der Treuhänder regt dann beim Insolvenzgericht eine pauschale Abfindung der Gläubiger aus einem vom Schuldner in eigener Regie zu erlösenden oder sonst aufzubringenden Summe an (§ 314 Abs. 1 InsO).

5. Die Insolvenzordnung hält für den Vorgang der Verwertung verhältnismäßig we- 1328
nige Regeln bereit. Im Mittelpunkt steht der **Verwertungsauftrag** des § 159 InsO. Er bezieht sich auf das gesamte Vermögen im Konkursbeschlag. Verwertet wird das Vermögen in aller Regel allerdings nicht als eine Einheit. Vielmehr verwertet der Verwalter, ohne daß dies eigens in § 159 InsO ausgedrückt werden müßte, regelmäßig die einzelnen Bestandteile des Schuldnervermögen oder Gesamtheiten, die nur Ausschnitte aus dem Schuldnervermögen sind. Ob der Verwalter Gesamtheiten (Betrieb; Teilbetrieb; verpachtungsfähiges Grundstück samt Zubehör) im vorhandenen Zuschnitt oder nach Reduzierung oder ausschließlich deren Bestandteile einzeln verwertet, wird er von Zeitpunkt, Höhe, Schnelligkeit und Sicherheit des zu erwartenden Erlöses sowie von dem erforderlichen Aufwand abhängig machen.

Diese Überlegungen führen bereits weit über den Wortlaut des Gesetzes hinaus. 1329
§ 159 InsO fragt weder nach der Art der Gegenstände noch nach deren Verwertungschancen. § 159 InsO fragt auch nicht danach, ob die zur Verwertung anstehenden Vermögensbestandteile mit Absonderungsrechten (§§ 49 ff. InsO) belastet sind oder

2 Siehe bereits oben Rn. 1230.
3 Siehe oben Rn. 930.
4 Siehe oben Rn. 714.

nicht. Differenzierungen zum Absonderungsgut nehmen erst §§ 165 ff., 282 Abs. 1 Satz 1, 313 Abs. 3 InsO vor. Die Verwertung von Immobilien ist jedoch im Grundsatz ununterschieden (§ 165 InsO; §§ 172 ff. ZVG). Die Immobilienverwertung erfaßt auch die gemäß §§ 1120 ff. BGB, §§ 20 Abs. 2, 55 ZVG dem Haftungsverband eines Grundstücks zugeordneten beweglichen Gegenstände. Weitere Vorschriften zur Verwertung unbelasteter Gegenstände macht die Insolvenzordnung nicht.

1330 6.a) Bei Verwertung von **Gesamtheiten** durch Veräußerung ist zu bedenken, daß der Vollzug eines die Gesamtheit erfassenden Verpflichtungsvertrages nicht an der Gesamtheit, sondern nur an den in der Gesamtheit enthaltenen Stücken möglich ist. Die Sachen müssen einzeln übereignet und übergeben, die Rechte einzeln abgetreten und andere Gegenstände ebenfalls so dem Erwerber verschafft werden, daß er ungehindert über sie verfügen kann. Wegen dieses Spezialitätsgrundsatzes knüpft auch die besondere Behandlung von Absonderungsgut (§§ 165 ff., 313 Abs. 3 InsO) zumeist an das einzelne Objekt an und nicht an die Gesamtheit, in die es eingebettet ist. Eine Ausnahme bildet das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB, dem auch ein ganzer Bestand unterfallen kann[5].

1331 b) Als ein Ganzes ist eine Gesamtheit von Gegenständen allerdings dann übertragbar, wenn sie rechtlich verselbständigt ist. Dazu müßte der Verwalter innerhalb des Schuldnervermögens eine Vermögensmasse zuschneiden, die er als Gesellschaft organisiert. Er überführt dann die ausgewählten Objekte in das Vermögen der Gesellschaft und verwertet anschließend die Gesamtheit durch Verwertung der Gesellschaftsanteile. Alternativ kann er aber auch schon in die Gründung der Gesellschaft Interessenten, namentlich aus dem Kreis der Gläubiger einbeziehen. Die Beteiligung von Gläubigern am Schuldnervermögen mit den Instrumenten des Gesellschaftsrechts sieht das Gesetz zwar ausdrücklich nur für den Insolvenzplan vor (§ 230 Abs. 2 InsO). Doch ist sie deswegen nicht bei der Liquidation nach Gesetz ausgeschlossen. Der Verwalter muß bei der Liquidation nach Gesetz die Beteiligung aber so einrichten, daß im Ergebnis der Schuldner alle Rechte verliert.

1332 c) Was der Verwalter bei der Verwertung von Gesamtheiten außerdem zu bedenken hat, sind gesetzliche Haftungen des Übernehmers für die Verpflichtungen des Schuldners. Sie erschweren die sogenannte übertragende Sanierung, das heißt die Veräußerung einer lebensfähigen Funktionseinheit aus dem Schuldnervermögen unter möglichst weitgehendem Abstreifen aller Lasten. Der Übernehmer wird unweigerlich ihn treffende Altschulden bei der Preisgestaltung berücksichtigt wissen wollen. Ihr Umfang hängt nicht zuletzt davon ab, wie hoch die Befriedigungsquote aus dem Konkurs sein wird. Zu nennen sind insbesondere die Haftung des Betriebsübernehmers gegenüber der Belegschaft gemäß § 613a Abs. 1 BGB und die Haftung desjenigen, welcher ein Handelsunternehmen samt Firma übernimmt, gemäß § 25 Abs. 1 HGB. Unstreitig trifft den Betriebserwerber die Übernehmerhaftung nach § 613a BGB oder § 25 HGB wegen derjenigen Verbindlichkeiten, welche der Insolvenzverwalter in einstweiliger Unternehmensfortführung begründete[6]. Wegen der Insolvenzforderungen hingegen herrscht die Meinung, §§ 613a BGB, 25 HGB fänden keine Anwendung, weil sonst der Insolvenzverwalter seine Aufgabe nicht erfüllen könne, im Interesse der Insolvenzgläubiger höchstmöglichen Erlös zu erzielen[7]. Dies kommt dem Gedanken der Gläubigergleichbehandlung[8] entgegen. Es kann aber auch einem Unternehmer, der sein gesundes Unternehmen umzustrukturieren wünscht, den Fehlanreiz liefern, in die Insolvenz auszuweichen. Eine deutliche Äußerung des Gesetzgebers wäre erstrebenswert. Mit der Verantwortung des Betriebserwerbers gegenüber den Arbeit-

5 Siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 166 InsO, Rn. 2.

6 Siehe nur betreffend § 613a BGB BAG, Urteil vom 20. Juni 2002 – 8 AZR 459/01, NZA 2003, 318, 322 f.; BAG, Urteil vom 25. Januar 2007 – 6 AZR 559/06, NZI 2007, 535, 536. Wegen Übertragung vor Eröffnung siehe oben Rn. 585.

7 Siehe BAG, Urteil vom 20. September 2006 – 6 AZR 215/06, NZI 2007, 252, 253; BAG, Urteil vom 30. Oktober 2008 – 8 AZR 54/07, DZWIR 2009, 454 ff.

8 Siehe oben Rn. 210 ff.

nehmern geht allerdings auch der Genuß gewisser Lockerungen des Kündigungsschutzes, die zunächst einmal für den Insolvenzverwalter als Massevertreter gedacht sind, einher (§ 128 InsO). Zu bedenken ist außerdem die unabhängig von Einbettung in eine Gesamtheit eintretende Haftung des Immobilienerwerbers gegenüber den Mietern nach §§ 566 Abs. 1, 578 Abs. 1, Abs. 2, 578a Abs. 1 BGB, und zwar auch bei Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung (§§ 57a, 172 ZVG).

7. Mindesterlöse gibt die Insolvenzordnung nicht vor. Trotz § 4 InsO ist nicht die Regelung über Versagung des Zuschlages bei Versteigerung gepfändeter Sachen wegen zu großen Abstandes vom Marktpreis (§ 817a ZPO) entsprechend anzuwenden (sofern nicht ausnahmsweise tatsächlich die Verwertung durch die vom Absonderungsgläubiger betriebene Zwangsvollstreckung gemäß §§ 808 ff. ZPO geschieht). Diese Regelung hängt damit zusammen, daß die Versteigerungssituation in der Zwangsvollstreckung nicht den Markt hinreichend abbildet. Der Verwalter ist aber nicht auf diesen sehr kleinen Marktausschnitt beschränkt, sondern hat Zutritt zum ganzen Markt. Die zu große Abweichung vom Marktpreis ist daher erst Frage seiner Eigenhaftung (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO; als Fall eines Gesamtschadens nach § 92 InsO). Die Vorschriften gegen Verschleuderung in der Zwangsversteigerung (§§ 74a, 85a ZVG) gelten allerdings auch bei der vom Absonderungsgläubiger während des Insolvenzverfahrens oder der vom Verwalter (§§ 165, 172 ZVG) aus dem Insolvenzverfahren betriebenen Zwangsversteigerung[9]. Denn hier deckt sich die Verwertung aus der Insolvenz mit der Verwertung in der Einzelvollstreckung. 1333

8. Vor der Veräußerung bedeutender Objekte (Gesamtheiten, aber auch Einzelstücke) stellt der Verwalter das Einvernehmen mit der Gläubigerschaft her (§ 160 InsO). Der Schuldner ist zu hören (§ 161 Satz 1 InsO). Besonderes Augenmerk gilt einer Betriebsveräußerung (§§ 160 Abs. 2 Nr. 1, 162 f. InsO). Das Insolvenzgericht kann dem Verwalter, solange er keine Zustimmung von Gläubigerausschuß oder Gläubigerversammlung hat, in den Arm fallen (§ 162 Satz 2 InsO). Im Interesse der Rechtssicherheit sind allerdings die ohne Einvernehmen und sogar auch die vom Insolvenzgericht dem Verwalter untersagten Maßnahmen gültig (§ 164 InsO). Die Korrektur ergibt sich aus der Haftpflicht des Verwalters (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO). 1334

9. Wenn sich der Verwalter auch von besten Bemühungen keinen Erlös für die Masse versprechen kann, darf er den Gegenstand dem Schuldner freigeben. Eine solche Freigabe ist als zulässig in § 32 Abs. 3 InsO (wo es um die anschließende Löschung des Konkursvermerks im Grundbuch geht) vorausgesetzt.[10] Sie ist nicht nur zugunsten einer natürlichen Person als Schuldner denkbar, sondern trotz des Grundsatzes der Totalliquidation auch zugunsten einer Gesellschaft als Schuldner[11]. Die Gesellschaft bleibt aber in Liquidation, und das Freigegebene wird an die Eigner verteilt. 1335

Freigabefähig ist nicht nur unbelastetes Gut, sondern auch belastetes. Freigegebenes belastetes Gut bleibt belastet. In sein Kalkül zieht der Verwalter beispielsweise Kosten aus erst noch zu Ende zu führenden Prozessen (vgl. §§ 85 f. InsO) um den Gegenstand ebenso ein[12] wie Altlasten im Boden[13]. Kostenbeiträge (§ 170 Abs. 1 Satz 1 InsO), die bei Verwertung des mit einem Absonderungsrecht belasteten Gutes zu erwarten gewesen wären, büßt die Masse bei Freigabe zwar ein. Doch kann der Verwalter dies kompensieren, indem er vom Schuldner eine Ausgleichszahlung verlangt. 1336

10. Verwertung kann Steuern auslösen. Zum einen ist an Verkehrsteuern zu denken. Soweit das Schuldnervermögen ein unternehmerisches (§ 2 UStG) ist und soweit der Verwalter aus diesem Vermögenszusammenhang Leistungen nach dem Umsatzsteuergesetz (§ 3 UStG) erbringt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG), fällt zu Lasten der Masse (§§ 13a Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UStG, 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO) Umsatzsteuer an. Veräußerung von Immobilien zieht Grunderwerbsteuer nach sich, was allerdings gewöhnlich den Erwerber belastet. Neben den Verkehrsteuern spielen die zu Lasten der Masse anfallenden Ertragsteuern eine erheblich Rolle, nämlich Einkommensteuer 1337

9 Zur Versagung des Zuschlags auf Antrag des Verwalters siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 165 InsO, Rn. 24.

10 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 36 InsO, Rn. 4, 48 ff.

11 *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 578.

12 *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 573 f.

13 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, § 55 InsO, Rn. 65 ff., § 148 InsO, Rn. 58.

oder Körperschaftsteuer sowie Gewerbesteuer. Ertragsrelevant können Veräußerungsgewinne sein, weil der Umsatz ohne Insolvenzverfahren zum laufenden Geschäft des Schuldners gehört hätte. Veräußerungsgewinne können aber auch bei der nicht alltäglichen Auflösung stiller Reserven durch Verkauf einzelner Objekte des Betriebsvermögens oberhalb des durch Abschreibung erreichten Buchwertes und bei der Veräußerung des ganzen Betriebes oder von Beteiligungen entstehen. Schließlich können auch ohne Unternehmenszusammenhang Veräußerungsgewinne relevant werden, wenn Spekulationsfristen noch nicht abgelaufen sind.

1338 11. Die Verwertungsregelungen des deutschen Insolvenzrechts gelten auch für die auswärts belegenen Gegenstände des Schuldnervermögens, die das deutsche Insolvenzverfahren als Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) miterfaßt (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstaben c und i, 18 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO; § 335 InsO). Handelt es sich allerdings um belastete Gegenstände, setzt der Vorbehalt in Art. 5 EuInsVO eine Grenze, deren Auswirkungen im einzelnen umstritten sind[14].

1339 Laufen ein deutsches Hauptinsolvenzverfahren und ein auswärtiges Territorialverfahren parallel oder geht ein deutsches Territorialverfahren mit einem auswärtigen Hauptinsolvenzverfahren oder Territorialverfahren einher, so arbeitet der deutsche Verwalter mit dem auswärtigen oder den mehreren auswärtigen Verwaltern auch in Verwertungsangelegenheiten zusammen (Art. 31, 36 EuInsVO, § 357 Abs. 1 InsO). Das Hauptinsolvenzverfahren darf einen Vorrang für sich in Anspruch nehmen und die Verwertung im Territorialverfahren blockieren (Art. 33, 36 EuInsVO; dazu Art. 102 § 10 EGInsO). Die Initiative liegt beim Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens. Er kann auf diese Weise verhindern, daß im Territorialverfahren vollendete Tatsachen geschaffen werden, die seinen Bemühungen um das Schuldnervermögen und die Gläubigerbefriedigung entgegenstehen.

II. Verwertung des nicht mit Befriedigungsrechten belasteten Vermögens

1. Art der Verwertung

1340 a) Zur Art und Weise der Verwertung der nicht mit Befriedigungsrechten belasteten Vermögensbestandsteile schweigt § 159 InsO. Die Vorschrift sagt auch nichts darüber, wie mit Belastungen zu verfahren ist, die keine Verwertungsbefugnis darstellen. Lediglich für Immobilien enthält § 165 InsO einen Verweis auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nach §§ 172 ff. ZVG. § 165 InsO spricht die mit Absonderungsrechten belasteten zusätzlich zu den von Absonderungsrechten freien Immobilien an. Nicht etwa reduziert § 165 InsO die Nutzung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 172 ff. ZVG auf Immobilien, die mit Absonderungsrechten belegt sind. Auf der anderen Seite ist das Instrumentarium des Zwangsvollstreckungsrechts nicht als das einzig für eine Immobilienverwertung verwendbare beschrieben. Die Verwertungsweise ist daher bei Immobilien ebenso offen wie bei Mobilien.

1341 b) Mangels bindender Vorgaben darf der Verwalter jeden unbelasteten Gegenstand aus freier Hand verwerten. Daher findet man gelegentlich an das breite Publikum gerichtete Werbeanzeigen zu einem Konkursverkauf. Öffentliche Versteigerung (§ 383 Abs. 3 BGB) ist ebenfalls ein beliebter, aber nicht verbindlicher Absatzweg, um weite Abnehmerkreise zu erreichen. Die Verwertung kann aber nicht nur in Veräußerung bestehen, sondern auch in Verarbeitung, Verbrauch, entgeltlicher Gebrauchsüberlassung, Abspaltung eines dinglichen Rechts (z.B. eines Nutzungsrechts nach § 31 Abs. 1 UrhG), Vergabe einer Lizenz oder in jeder anderen Handlung, welche Geld erlöst. Bei Immobilien sind Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Wege, die er be-

14 Siehe unten Rn. 1391 f.

schreiten kann, aber nicht muß. Die Kosten der Verwertungsmaßnahmen trägt die Masse als Schulden aus Verwalterhandeln gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

2. Wahl von Verwertungsweise und Verwertungszeitpunkt

a) Auch wenn das Gesetz für unbelastete Gegenstände keinen Meinungsaustausch über die günstigste Verwertungsweise vorsieht (vgl. für Absonderungsgut § 168 InsO), wird sich der Insolvenzverwalter guten Vorschlägen nicht verschließen. Spätestens drohende Haftpflicht (§§ 60 Abs. 1 Satz 1, 92 InsO) hält ihn zu gewissenhafter Prüfung an, wie er den besten Erlös erzielen kann. Im Einzelfall muß er schwierige Abwägungen vornehmen. Geschwindigkeit, Erlöshöhe und Erlösgewißheit sind oft gegenläufig. Bald ist rasches Handeln gefragt, bald ist Zuwarten günstiger. Oft wird man erst dann, wenn es zu spät ist, klüger sein. Die Kosten einer vorherigen Erkundung des Marktes indessen können leicht außer Verhältnis zu den eventuell erzielbaren Aufbesserungen geraten. Unverzüglich zur Verwertung zu schreiten (§ 159 InsO) heißt nicht, es bedingungslos schnellstmöglich zu tun, sondern nur so rasch, wie es mit dem Ziel besten Erlöses vereinbar ist. Auch ohne besonderen Beschluß der Gläubigerversammlung (§§ 157 Satz 1, 159 am Ende InsO) ist dem Insolvenzverwalter daher oftmals Zurückhaltung gestattet und sogar geboten. 1342

b) Hält sich der Verwalter mit der Versilberung einzelner Gegenstände noch zurück, so kann das allenfalls seine Haftpflicht (§§ 60 Abs. 1 Satz 1, 92 InsO) berühren. Einen Zinsausgleich für die Insolvenzgläubiger aus der Masse sieht das Gesetz, anders als für Absonderungsberechtigte (§ 169 InsO, §§ 30e Abs. 1, 153b Abs. 2 ZVG), nicht vor. Ebensowenig gibt es Entschädigung für die Insolvenzgläubiger, wenn der Verwalter Massegut weiter bewirtschaftet und noch nicht verwertet – auch dies ist anders als bei Absonderungsrechten (§§ 172, 30e Abs. 2 ZVG). Ausgleichleistungen an alle Insolvenzgläubiger wären auch sinnlos, da sie nur zur Kürzung der Erlösausschüttung (§ 187 InsO) führen würden. Im Ergebnis genösse jeder Insolvenzgläubiger doch nur denjenigen Betrag, den er auch ohne Ausgleich erzielt hätte. Allenfalls würde getrennte Zubilligung eines Zinsausgleichs nach der Erlösauskehr eine höhere Nachforderung im Restschuldbefreiungsverfahren (§ 292 Abs. 1 Satz 1 InsO) oder im individuellen Vorgehen (§ 201 Abs. 1 InsO) belassen. 1343

Ausgleich kennt allerdings die Blockade einer Verwertung im deutschen Territorialverfahren auf Veranlassung des Insolvenzverwalters des auswärtigen Hauptinsolvenzverfahrens (Art. 33 Satz 1 Halbsatz 2, 36 EuInsVO). Dieser Ausgleich muß nicht zwingend in einer Verzinsung zugunsten der zum Territorialverfahren angemeldeten Gläubiger bestehen. Verzinsung sieht Art. 102 § 10 EGInsO nur für Absonderungsberechtigte vor. 1344

3. Belastungen der Gegenstände ohne Absonderungsmöglichkeit

Für Belastungen, die auf den verwerteten Gegenständen ruhen und die keine Absonderungsrechte darstellen, gelten die allgemeinen Vorschriften. Belastungen an Mobilien wie an Immobilien bleiben erhalten, soweit nicht besondere Bestimmungen sie bei Verwertung im Insolvenzverfahren fortfallen lassen. Demnach muß den Fruchtgenuß eines Nießbrauchers dulden, wer ein mit Nießbrauchsrecht (§ 1030 Abs. 1 BGB) belastetes Grundstück aus der Insolvenzmasse kauft. Allenfalls gibt die Belastung, falls nicht in den Kaufvertrag aufgenommen, Anlaß für Mängelhaftung (§ 435 Satz 1 BGB). Ein Vorkaufsrecht hingegen hat bei Verwertung mit den Mitteln der Zwangs- 1345

vollstreckung (§ 172 ZVG) oder beim Verkauf aus der Insolvenzmasse keine Kraft (§ 471 BGB). Fortexistenz oder Untergang anderer Belastungen in der Zwangsversteigerung von Immobilien (§ 172 ZVG) ergibt sich je nach Verlauf der Versteigerung. Im Grundsatz bleiben die älteren und deswegen besseren Rechte (zur Rangfolge siehe §§ 10, 11 ZVG mit §§ 879 ff. BGB) bestehen (§§ 52 Abs. 1, 91 Abs. 1 ZVG), weil sie ins geringste Gebot aufgenommen werden (§ 44 Abs. 1 ZVG). Hiervon kann aber gemäß § 174a ZVG abgewichen werden, um überhaupt ein Bieterinteresse zu wecken. Mit der Abweichung ist nicht gesagt, daß der Zuschlag tatsächlich auf dem niedrigen Niveau erteilt werden wird. Ist die Versteigerung erst einmal in Gang gekommen, kann sie durchaus noch in Höhen geraten, die die Absonderungsberechtigten voll befriedigt.

1346 Kein Problem einer Belastung (und deswegen auch nicht der Mängelhaftung nach § 435 BGB) stellt beim Immobilienverkauf der Konkursvermerk im Grundbuch (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO) dar. Er wird nach Antrag des Erwerbers auf Gesuch des Insolvenzgerichts oder auf Antrag des Insolvenzverwalters gelöscht (§ 32 Abs. 3 InsO).

4. Pflichtverletzung im Verwertungsgeschäft

1347 a) Beim Verkauf haftet die Masse gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO für Mängel, insbesondere für Sachmängel, gemäß den üblichen Regeln (§§ 434 ff. BGB). Eine Haftungserleichterung, wie sie § 445 BGB für die öffentliche Versteigerung gepfändeter Sachen gewährt, sieht das Gesetz für den Verkauf aus der Insolvenzmasse nicht vor. § 445 BGB darf man auch nicht etwa als Vorschrift des Zwangsvollstreckungsrechts einstufen und deswegen gemäß § 4 InsO entsprechend anwenden. Vereinbarungen zwischen Verwalter und Käufer über Haftungsbeschränkungen dürfen den gewöhnlichen Rahmen nicht sprengen, welchen das Recht des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 475, 478 Abs. 4 BGB), falls das Insolvenzverfahren einem Unternehmervermögen gilt, und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 307, 309 Nr. 7, Nr. 8 BGB) für den Verkehr mit dem letzten Abnehmer oder mit einem Wiederverkäufer setzen[15].

1348 b) Nach Ausschüttung des letzten Erlöses und Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 Abs. 1 InsO) werden Mängelhaftungsansprüche des Abnehmers freilich wertlos sein. Das schlägt auf die Preisbildung zurück. Der enttäuschte Käufer kann sich allerdings an den Verwalter persönlich wenden, wenn dieser, obwohl er noch mit Ansprüchen wegen Mängelhaftung rechnen mußte, die letzten Beträge an die Insolvenzgläubiger verteilt und nicht zurückhält. Anspruchsgrundlage ist die Haftpflicht nach § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO (oder nach § 61 Satz 1 InsO, wenn die Masse von vornherein unzulänglich war). Je nach den Umständen bietet es sich an, den Verkauf mit einer Garantie von dritter Seite oder mit einer Versicherung des Mängelrisikos auszustatten. Die Belastung der Masse ist dann sofort berechenbar.

1349 c) Nicht nur die Mängelhaftung, sondern auch **sonstige Pflichtverletzungen** beim Kauf und alle Pflichtverletzungen in anderen Verträgen beurteilen sich nach den allgemeinen Regeln. Stets entstehen Masseschulden nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

15 Siehe oben Rn. 1215.

5. Verwertung von Gegenständen mit Persönlichkeitsbezug

Im Schuldnervermögen können sich körperliche oder unkörperliche Gegenstände befinden, die Berührung zu Persönlichkeitsrechten des Schuldners oder Dritter haben. Sind diese Persönlichkeitsbezüge besonders stark, fallen sie schon gar nicht in die Masse (Tagebücher des Schuldners; Photographien, die den Schuldner darstellen, wenn der Schuldner nicht Person des öffentlichen Lebens ist oder wenn er dies zwar ist, aber die Aufnahme nicht aus einem Auftritt in der Öffentlichkeit herrührt). Ansonsten benötigt der Verwalter zu der beabsichtigten Verwertung je nach Enge des Bezuges die Zustimmung des oder der Betroffenen.[16] 1350

So bedarf es möglicherweise der Zustimmung des Schuldners oder des an einer insolventen Gesellschaft Beteiligten, wenn die aus seinem Namen gebildete Firma (§ 17 Abs. 1 HGB)[17] oder Etablissementbezeichnung verkauft werden soll. Die Frage ist bislang nicht geklärt. Doch mehren sich die Stimmen, die sich für Zustimmungsfreiheit deswegen aussprechen, weil bereits mit der Verwendung in der Firma der Namensträger das Persönlichkeitselement in den Verkehr gab[18]. Dem wird man für den Fall beipflichten dürfen, daß der Erwerber mit einem deutlichen Nachfolgezusatz (vgl. § 22 Abs. 1 HGB) verhindert, daß der Verkehr das unter der verkauften Firma betriebene Unternehmen weiterhin mit dem Namensträger in Verbindung bringen und so die Persönlichkeit in ihrem Aspekt wirtschaftlicher Entfaltung immer noch berührt sein wird. 1351

In der Insolvenz eines Heilpraktikers müssen die Patienten zustimmen, wenn der Verwalter mit der Praxis auch die Kartei veräußern möchte. Geringeren Persönlichkeitsbezug hat hingegen die Kundendatei eines Buchhändlers. Der Verwalter kann den in der Datei niedergelegten Kundenstamm ohne Zustimmung der Kunden verkaufen.[19] 1352

III. Verwertung von Absonderungsgut

1. Valutierende Befriedigungsrechte an Masseobjekten

a) Besonderheiten ergeben sich für die Verwertung von Massegegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen. Hier treffen das bevorrechtigte Befriedigungsrecht eines einzelnen Gläubigers und die gebündelten Befriedigungsinteressen aller Insolvenzgläubiger aufeinander. Anders als der Aussonderungsgläubiger trennt der Absonderungsgläubiger zwar nicht den fraglichen Gegenstand seiner Substanz nach von der Masse. Aber er scheidet immerhin den Wert des Gegenstandes – soweit sein Verwertungsrecht reicht – von der Masse ab. Das löst Abweichungen in Zuständigkeit und Abläufen aus. 1353

b) Ein Konflikt zwischen den Befriedigungsinteressen ist nur bei Massegegenständen zu bewältigen. Verwertungsrechte an Gegenständen, die nicht unter Insolvenzbeschlag stehen, sind außer Betracht. Der Gläubiger, der Befriedigung aus einem beschlagfreien Gegenstand suchen darf, tut dies ohne irgendwelche Berührung mit den Verwertungsaufgaben des Verwalters. Selbst das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 Fall 2 InsO hindert die Ausübung des Verwertungsrechts nicht. § 89 Abs. 1 InsO präzisiert lediglich die in § 87 InsO ausgedrückte Exklusivität der Gesamtvollstreckung. In keine Sphäre des Schuldnervermögens darf ein Insolvenzgläubiger einen neuen individuellen Zugriff mit dem Instrument der Einzelvollstreckung wagen. 1354

16 Siehe oben Rn. 380.

17 Gemäß § 23 HGB nicht isoliert veräußerlich.

18 Siehe auch insofern oben Rn. 380.

19 Beispiel für eine Veräußerung des Kundenstamms: OLG Saarbrücken, Urteil vom 8. November 2000 – 1 U 513/00, ZInsO 2001, 132 f.

1355 Das aus einem vor dem Insolvenzverfahren getätigten Zugriff (das Pfändungspfandrecht gemäß § 804 Abs. 1 ZPO oder das Befriedigungsrecht nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG) schon entstandene Befriedigungsrecht hingegen bleibt (vorbehaltlich von Rückschlagsperre und Anfechtbarkeit) dem Insolvenzgläubiger zur weiteren eigenständigen Verfolgung erhalten[20]. Auch der erstmalige Vollstreckungszugriff aufgrund eines Sicherungsgeschäfts, das schon vor dem Insolvenzverfahren ein Verwertungsrecht an beschlagfreiem Gut erzeugt hatte, steht dem Insolvenzgläubiger frei – vorbehaltlich der Regeln über die Verwertungszuständigkeit (§§ 165 ff., 282, 313 Abs. 3 InsO). Erst recht steht § 89 Abs. 1 Fall 2 InsO dem an Beschlagfreiem Befriedigungsberechtigten nicht im Wege, wenn er gar kein Insolvenzgläubiger ist, weil das Befriedigungsrecht mit der Schuld eines Dritten zusammenhängt.

1356 c) Überdies besteht die Kollision zwischen dem individuellen Befriedigungsinteresse eines Absonderungsgläubigers und dem Interesse gemeinschaftlicher Befriedigung nur bei denjenigen Befriedigungsrechten an Massebestandteilen, die wenigstens noch teilweise valutieren.

1357 **Erlosch die gesicherte Forderung** (oder erloschen sämtliche der mehreren gesicherten Forderungen), so ist eine akzessorische Sicherheit (z.B. ein gesetzliches Pfandrecht) dem Gläubiger gänzlich entzogen. Eine nicht automatisch mit der Entwicklung der gesicherten Forderung schritthaltende Sicherheit (z.B. die nicht auflösend bedingte Sicherungsübereignung) hat der Sicherungsnehmer noch in der Hand. Doch ist er gemäß näherer Bestimmung im Sicherungsvertrag zur Aufhebung des Befriedigungsrechts oder zur Rückgewähr des Befriedigungsobjektes an den Gemeinschuldner, repräsentiert durch den Verwalter, verpflichtet. Diesen Anspruch macht der Verwalter im Rahmen seiner Aufgabe der Massebewirtschaftung (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO) geltend. Der Sicherungsvertrag gleicht somit auf der Ebene des Schuldrechts den Mangel an Akzessorietät auf dinglicher Ebene aus. Schon vor Aufhebung oder Rückgewähr braucht der Verwalter das Absonderungsrecht, soweit es entfallen muß, nicht mehr zu berücksichtigen. Der Absonderungsgläubiger verhielte sich entgegen § 242 BGB treuwidrig, wenn er trotz Erledigung des Sicherungszwecks auf seinen Befugnissen als Absonderungsgläubiger beharrte, obwohl er die Stellung aufgeben muß.

1358 Erlosch die gesicherte Forderung **nur zum Teil**, ist die schritthaltende Sicherheit dementsprechend zum Teil abgebaut. Wegen nichtakzessorischer Sicherheit besteht der vertragliche Anspruch auf anteilige Aufhebung oder Rückgewähr. Der Verwalter holt entweder einen Bruchteil des Rechts zurück oder das ganze Recht an einzelnen Objekten aus dem belasteten Bestand. Es genügt aber auch, wenn er bei der Verwertung darauf achtet, daß der gesicherte Forderungsbestand abgeschmolzen ist.

1359 Gleichgültig ist, ob die gesicherte Forderung sich gegen den Gemeinschuldner richtete oder gegen einen anderen Schuldner, dem der Gemeinschuldner mit seinem Vermögen als Sicherungsgeber half. Wenn allerdings der Gemeinschuldner nicht persönlich haftet, der Absonderungsberechtigte also kein Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) ist, kann es sich dem Insolvenzverwalter je nach Entwicklungsstand der gesicherten Forderung anbieten, mit einer geringen Restzahlung das Befriedigungsrecht abzulösen. Anschließend steht das bisherige Absonderungsgut unbelastet der Verwendung und der Verwertung zur Verfügung.

1360 d) Bei manchen Sicherungsobjekten ist nicht auf den ersten Blick erkennbar, wer von mehreren in Frage kommenden Sicherungsnehmern das Befriedigungsrecht an ihnen hat oder welche Rangfolge bei Mehrfachbelastung die richtige ist. Damit solche Zuordnungsschwierigkeiten nicht die Auseinandersetzung mit dem Verwalter erschweren und die Erlöszuweisung blockieren, vereinbaren Sicherungsnehmer zuweilen untereinander, ihre Befriedigungsrechte gemeinsam geltend zu machen. Sie fassen ihre Sicherheiten dinglich zu einem Block, dem sogenannten Pool, zusammen[21]. Wer von ihnen als einzelner Absonderungsgläubiger seine etwaige Verwertungszuständigkeit gegen diejenige des Verwalters abheben müßte und wer den Erlös genießt, ist dann entweder schon im Verhältnis zum Verwalter gleichgültig, oder es regeln zumindest die Blockteilnehmer die genaue Zuordnung des Erlöses unter sich. Den Poolvertrag muß der Ver-

20 Vgl. für Bestand des Absonderungsrechts aus begonnener Zwangsvollstreckung *Breuer*, in: MünchKomm, § 89 InsO, Rn. 33.

21 Siehe oben Rn. 584.

walter hinnehmen, weil das Insolvenzverfahren die Inhaber von Sicherheiten nicht hindert, ihre Rechte weiterzureichen und auf diese Weise den Kreis der Absonderungsgläubiger zu ändern.

2. Zuständigkeit des Verwalters und Abweichungen davon

a) Grundsätzliche Verwalterzuständigkeit

Die Zuständigkeit des Insolvenzverwalters für die Verwertung von Gegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen, ergibt sich grundsätzlich ebenso aus § 159 InsO wie die Zuständigkeit für die Verwertung von Gegenständen ohne Absonderungsrechte. Doch veranlaßt der Bestand eines Absonderungsrechts den Gesetzgeber zur Differenzierung in §§ 165 ff., 282, 313 Abs. 3 InsO. Denn es ist nicht nur denkbar, daß der Verwalter den Gegenstand verwertet, ohne das Absonderungsrecht anzutasten. Hierzu könnte man es bei § 159 InsO bewenden lassen. Vielmehr ist auch eine Verwertung denkbar, welche das Absonderungsrecht auflöst. Einer solchen Auflösung müßte dann aber eine Kompensation durch Erlösbeteiligung folgen. Außerdem fragt sich bei einer auflösenden Verwertung, ob das allgemeine Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters nur neben das (ohne Insolvenzverfahren gegebene) Recht des Gläubigers tritt, die Verwertung des belasteten Gegenstandes selbst zu betreiben, oder ob der Absonderungsgläubiger während des Insolvenzverfahrens keine Handlungsbefugnis hat und sein Recht auf eine Erlösgarantie beschränkt wird. Antwort auf diese Fragen geben §§ 165 ff., 282, 313 Abs. 3 InsO, §§ 44, 52, 91, 174a ZVG; §§ 49 f. InsO lenken die Aufmerksamkeit dorthin. 1361

Aus den genannten Vorschriften ergibt sich zunächst eine **Aufgabenverteilung** zwischen Insolvenzverwalter oder Treuhänder oder Eigenverwalter einerseits und Absonderungsgläubiger andererseits[22]. Von der Aufgabenverteilung hängen dann die **Art der Verwertung** und der Weg für die Erlösbeteiligung ab[23]. Die Verwertungszuständigkeit nimmt keine Rücksicht darauf, ob der Absonderungsgläubiger zugleich Insolvenzgläubiger ist, weil sein Befriedigungsrecht mit einer Forderung gegen den Schuldner zusammenhängt (§§ 38, 52 Satz 1 InsO). Eine solche Doppelrolle wirkt sich nur in der allgemeinen Erlösbeteiligung aus (§ 52 Satz 2 InsO). 1362

b) Zuständigkeitsspaltung im Regelverfahren

Im Regelverfahren ist die Zuständigkeit gespalten.

aa) Der Insolvenzverwalter darf Immobilien verwerten (§ 165 InsO). Die Verwertungszuständigkeit des Absonderungsgläubigers ist damit nicht beiseitegeschoben[24]. Bei **Mobilien** hingegen nimmt das Gesetz eine trennscharfe Unterscheidung vor. Einige Forderungen und einige Sachen verwertet der Verwalter (§§ 166 Abs. 1 und 2 InsO). Alle anderen Mobilien verwertet der Absonderungsberechtigte (§ 173 Abs. 1 InsO). Parallele Zuständigkeiten von Absonderungsgläubiger und Insolvenzverwalter gibt es bei der Mobilie nicht. Der Verwalter kann jedoch dem Absonderungsgläubiger gemäß § 173 Abs. 2 InsO die Verwertungsbefugnis entwinden. Dazu beantragt er beim Insolvenzgericht, daß dem Absonderungsgläubiger eine Frist zur Verwertung 1363

22 Sogleich Rn. 1363 ff. und Rn. 1382 ff.

23 Näher zur Aufgabenverteilung unten Rn. 1363 ff. und Rn. 1393 ff., 1398 ff. sowie zur Erlösauskehr nebst Kostenbeteiligung unten Rn. 1412, 1443 ff.

24 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 165 InsO, Rn. 50 ff.

gesetzt werde. Mit ungenutztem Verstreichen der Frist fällt die Verwertungskompetenz an den Insolvenzverwalter, ist also auch für den fraglichen Gegenstand der Grundzustand nach § 159 InsO hergestellt.

1364 bb) Die **Kompetenz des Insolvenzverwalters** zur Mobilienverwertung knüpft in § 166 InsO zunächst an die Praktikabilität an. Was der Verwalter in Besitz hat, verwertet gemäß § 166 Abs. 1 InsO er. Den Besitz nahm der Verwalter entsprechend seinem gesetzlich (§ 148 Abs. 1 InsO) beschriebenen Auftrag nach Bestellung ein. Allerdings ist der Besitzbegriff in § 166 Abs. 1 InsO enger als derjenige des § 148 Abs. 1 InsO. § 166 Abs. 1 InsO spricht ausdrücklich bewegliche Sachen und damit den Besitz im Sinne des Sachenrechtes an. § 148 InsO meint weitergehend die Herrschaft über die Vermögensgesamtheit, worin der sachenrechtliche Besitz an einzelnen körperlichen Gegenständen (§ 90 BGB) nur ein Teilaspekt ist. Außerdem verlangt § 166 Abs. 1 InsO einen Besitz des Verwalters, der näher an der Sache sein muß als derjenige des Absonderungsberechtigten. Denn nur dann drückt sich die Eingliederung des belasteten Gegenstandes in den Zusammenhang der Vermögensbewirtschaftung und homogenen Vermögensabwicklung aus, welcher in §§ 169 ff. InsO für Einzelheiten der Verwalterverwertung vorausgesetzt ist und den der Absonderungsgläubiger mit seiner individuellen Verwertung nicht aufbrechen soll.[25]

1365 Kompetenzzuweisender Besitz des Verwalters ist daher vor allem sein **unmittelbarer Besitz** oder immerhin Mitbesitz. Insbesondere ist es der unmittelbare Besitz des Verwalters bei der Sicherungsübereignung fester oder sich umschlagender Bestände (§ 51 Nr. 1 Fall 1 InsO), während der von ihm dem Sicherungsnehmer vermittelte Besitz (§§ 868, 930 BGB) schwächer ist. Auch die noch im Gewahrsam des Verwalters befindliche gepfändete Sache (§ 50 Abs. 1 Fall 2 InsO) fällt unter seine Verwertungsgewalt. Hingegen ist der unmittelbare Besitz (§ 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB) eines Pfandgläubigers (§ 50 Abs. 1 Fall 1 InsO) stärker als der nur mittelbare (§ 868 BGB) des Verwalters und verschafft dem Verwalter keine Verwertungsmacht. Den stärkeren unmittelbaren Besitz hat auch der Vermieter, dem der Schuldner eine Barkaution leistete, welche sich als Verpfändung (§ 50 Abs. 1 Fall 1 InsO) oder als Sicherungsübereignung (§ 51 Nr. 1 Fall 1 InsO) der Geldscheine auffassen läßt; erhielt der Vermieter die Kaution unbar (durch Überweisung, mittels Lastschrift oder mittels elektronischer Zahlung) kann man darin ebenfalls Besitz erblicken, da das Buchgeld nur Surrogat für körperliche Zahlungsmittel ist und jederzeit in Geldschein oder Scheidemünzen umwandelbar ist; insofern ist dem Besitzbegriff in § 166 Abs. 2 InsO eine gewisse Ausdehnung zuzugestehen.

1366 **Mittelbarer Besitz** des Verwalters an sicherungsübereigneten Sachen, die der Schuldner oder der Verwalter selbst an Dritte vermietete oder zur Reparatur gab, genügt als Grundlage für die Verwalterverwertung. Hier hat der Verwalter immer noch näheren Zugriff auf die Sache als der nur doppelt mittelbar besitzende Sicherungseigentümer.

1367 Wo der Besitz des Absonderungsberechtigten näher an der Sache ist und deswegen § 166 Abs. 1 InsO dem Verwalter das Verwertungsrecht nicht zuspricht, greift nicht hilfsweise die Grundregel des § 159 InsO ein. Vielmehr liegt dann das Verwertungsrecht gemäß § 173 Abs. 1 InsO beim Gläubiger – wegen der Überleitungsmöglichkeit des § 173 Abs. 2 InsO jedoch nur vorläufig.

1368 cc) Zur **Sicherung abgetretene Forderungen** (§ 51 Nr. 1 Fall 2 InsO; ggfs. mit der zeitlichen Grenze des § 114 Abs. 1 InsO) soll der Verwalter gemäß § 166 Abs. 2 InsO verwerten. Dies liegt deswegen nahe, weil der Verwalter zumeist besseren Überblick über den Forderungsbestand hat als der Sicherungsnehmer. Der Sicherungsnehmer

25 Zur Begründung der Verwalterzuständigkeit mit dem Verbund der Objekte BGH, Urteil vom 11. Juli 2002 – IX ZR 262/01, DZWIR 2002, 464, 465. Zum Nachstehenden siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 166 InsO, Rn. 16 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 166 InsO, Rn. 4 ff.

bezieht seine Kenntnis gewöhnlich nur aus den Informationen, welche nach dem Sicherungsvertrag der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer regelmäßig oder auf Anfordern zuleiten soll. Die verpfändete oder gepfändete Forderung (§ 50 Abs. 1 Fälle 1 und 2 InsO) hingegen fällt in die Verwertungszuständigkeit des Absonderungsgläubigers (§ 173 Abs. 1 InsO). Hier, wo notwendig der Drittschuldner den Sicherungsnehmer als neuen Leistungsadressaten schon kennenlernte (§ 1280 BGB), soll auch die Verwertung in der Hand des Sicherungsnehmers liegen.

Von der Zuständigkeit des Verwalters für **zedierte Forderungen** macht § 166 Abs. 3 InsO für den Bereich des Finanzgewerbes Ausnahmen, die die praktische Handhabung nicht unwesentlich verunsichern und Ungleichheit im Kreis der Absonderungsgläubiger erzeugt. Insbesondere die sogenannte Finanzsicherheit im Sinne von § 1 Abs. 17 KWG soll in der Verwertungszuständigkeit des Absonderungsgläubigers liegen (§§ 166 Abs. 3 Nr. 3, 173 Abs. 1 InsO). Dies betrifft vor allem Banken und Sparkassen, welchen der unternehmerisch handelnde Schuldner im Rahmen einer Finanzierung sogenannter Finanzinstrumente (§ 1 Abs. 11 KWG) als Darlehensnehmer seine gegenwärtigen und künftigen Forderungen übertrug (§ 1 Abs. 17 KWG). Ihnen bleiben Feststellungskostenbeitrag und Verwertungskostenbeitrag (§ 170 Abs. 1 Satz 1 InsO) erspart. Außerdem ergibt sich aus den bei Entstehung der Insolvenzordnung angestellten Erwägungen, daß die Verwalterzuständigkeit für zedierte Forderungen endet, sobald die Zession wie bei der Verpfändung den Drittschuldnern offengelegt ist[26]. Die Rechtsprechung verleiht allerdings den Entstehungsumständen von § 166 InsO weniger Gewicht und sieht auch nach (vor oder nach Eröffnung geschehener) Offenlegung der Sicherungszession den Verwalter noch verwertungsbefugt, was dann für den Absonderungsberechtigten Kostenbeitragslast nach §§ 170 f. InsO einschließlich Verwertungskostenbeitrag bedeutet[27]. 1369

dd) Die Aufgabenverteilung bei sicherungshalber zedierten Forderungen wird man analog auf Sicherungszession anderer Rechte und die Rechte zur Befriedigung aus unkörperlichen Vermögensgegenständen, die nicht Rechte sind, anzuwenden haben[28]. 1370

ee) Bei **Eigenverwaltung** stehen sich in der beschriebenen Aufgabenverteilung Schuldner und Absonderungsberechtigter gegenüber (§ 282 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Schuldner hat genau dieselben Befugnisse wie ein Insolvenzverwalter. Der Absonderungsgläubiger hat dieselben Befugnisse wie im Regelverfahren unter Fremdverwaltung. Der Sachwalter ist nur insoweit beteiligt, als der Schuldner das Einvernehmen mit ihm suchen soll (§ 282 Abs. 2 InsO). Handelt der Schuldner ohne Einvernehmen, ändert das an der Gültigkeit seines Tuns nichts. Ähnliches begegnete bereits bei der Abstimmung zwischen Verwalter und Gläubigerschaft (§ 164 InsO)[29]. 1371

ff) Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie mit den noch nicht zur **Verwertungsreife** gediehenen Absonderungsrechten[30] umzugehen ist. Weder das Befriedigungsrecht wegen einer Insolvenz- 1372

26 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 166 InsO, Rn. 37 f.

27 BGH, Urteil vom 11. Juli 2002 – IX ZR 262/01, DZWIR 2002, 464, 465 f., mit Anm. *Becker*, DZWIR 2002, 467 ff.; BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 – IX ZR 81/02, DZWIR 2003, 332, 333, mit Anm. *Becker*, DZWIR 2003, 337 ff. Der Rechtsprechung zustimmend *Ch. Berger*, in: Festschrift Fischer, S. 1 ff.

28 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 166 InsO, Rn. 33.

29 Oben Rn. 1334.

30 Siehe oben Rn. 1231 f.

forderung noch das Befriedigungsrecht wegen einer Forderung gegen einen Dritten steht notwendig zu Beginn der Masseverwertung schon zur Ausübung an.

1373 Ist der Verwalter ohnehin verwertungsbefugt, wird er sich vom Mangel an Verwertungsreife des Absonderungsrechts nicht aufhalten lassen. Das Absonderungsrecht kann nicht den Gegenstand gegen Verwertung immun machen. Freilich respektiert der Verwalter das Absonderungsrecht. In der Immobilienverwertung mit den Mitteln des Zwangsvollstreckungsrechts (§§ 165 InsO, 172 ZVG) ergibt sich dies aus der Rangfolge des § 10 ZVG. Bei Verwertung von Immobilien oder Mobilien aus freier Hand[31] wählt er eine Verwertung, die das Absonderungsrecht aufrechterhält.

1374 Nicht immer freilich wird sich zur schonenden Verwertung eine Gelegenheit finden. Statt Verwertung unter Wahrung des noch nicht herangereiften Absonderungsrechts kann er sich beim Absonderungsgläubiger auch um einvernehmliche Ablösung des Absonderungsrechts bemühen (vorausgesetzt in § 1 Abs. 2 Nr. 2 InsVV). Insbesondere kommt in Frage, daß der Verwalter dem bisherigen Absonderungsgläubiger bei Verzicht auf das Absonderungsrecht ein Befriedigungsrecht an einem anderen Masseobjekt gewährt oder ihm, finanziert aus der Masse, eine Bankbürgschaft verschafft. Eine Barabfindung löst das Problem des Mangels an Verwertungsreife endgültig. Ablösung durch neue Sicherheit schafft lediglich einen Aufschub. Wenn der Abschluß von Verwertung und Ausschüttung (§§ 196 ff. InsO) herannaht und noch immer die Sicherheit nicht einsatzreif ist, wird sich der Verwalter erneut um Ablösung bemühen, die nunmehr endgültig ist. Oder er bildet spätestens jetzt im Einvernehmen mit dem Befriedigungsberechtigten eine Sicherheit an einem zurückzuhaltenden Geldbetrag (§ 198 InsO). Das Insolvenzverfahren kann dann nach der Schlußverteilung (§ 196 Abs. 1 InsO) aufgehoben werden (§ 200 Abs. 1 InsO). Soweit sich später herausstellt, daß die Sicherheit endgültig überflüssig ist, wird der Geldbetrag für eine Nachtragsverteilung frei (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

1375 gg) Der **Absonderungsgläubiger** darf das nach Anwendung von § 166 InsO verbleibende restliche bewegliche Absonderungsgut selbst verwerten. Er wird dazu aber nicht als ein Organ für das Verfahren in die Pflicht genommen. § 173 Abs. 1 InsO besagt lediglich, daß seine Zugriffsbefugnis vom Insolvenzgeschehen unberührt bleibt. Aus dem Verweis auf ebendie Befugnis, wie sie auch ohne Insolvenzverfahren vorläge, ergibt sich auch, daß das Insolvenzverfahren die Gläubigerverwertung nicht vor den ihr gebührenden Zeitpunkt zieht. Der Absonderungsgläubiger darf sein Verwertungsrecht nur bei Verwertungsreife der Sicherheit ausüben.

1376 Überleitung der Verwertungsbefugnis vom Absonderungsgläubiger auf den Verwalter gemäß § 173 Abs. 2 InsO ist sowohl dann möglich, wenn der Absonderungsgläubiger schon verwerten darf, es aber nicht tut, als auch dann, wenn es noch an der Verwertungsreife fehlt, der Absonderungsgläubiger aber bereits erkennen läßt, daß er sich nicht um pünktliche Verwertung kümmern werde[32]. Die Regelung in § 173 Abs. 2 InsO bewirkt, daß der Absonderungsgläubiger sich einer Verwertung des Objektes nicht dauerhaft entgegenstemmen kann. Blockade durch Ausschließlichkeit des Gläubigerverwertungsrechts stört das Insolvenzverfahren auch dann, wenn der nach der Insolvenzordnung zur Verwertung berufene Gläubiger mangels Verwertungsreife und mangels Organschaft beim besten Willen noch nicht verwerten kann.

1377 Verdrängung des Absonderungsgläubigers aus der Verwertungsbefugnis heißt denn auch wie bei der von vornherein dem Verwalter obliegenden Verwertung nicht, daß das Absonderungsrecht vorzeitig liquidiert würde. Nur bei Verwertungsreife kann der Verwalter sich zwischen Verwertung unter Wahrung und Verwertung unter Auflösung des Befriedigungsrechts entscheiden. Wenn hingegen das Befriedigungsrecht noch nicht herangereift ist, wird der Verwalter, wenn der Gegenstand Aufschub duldet, unter Aufrechterhaltung des Befriedigungsrechts verwerten, sei es infolge Überleitung der Verwertungsbefugnis nach § 173 Abs. 2 InsO[33], sei es aufgrund des allgemeinen Verwaltungs- und Verwertungsauftrages aus §§ 80, 148 Abs. 1, 159

31 Näher unten Rn. 1394 und Rn. 1401 ff.
32 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 173 InsO, Rn. 17.
33 Siehe zuvor Rn. 1376.

InsO[34]. Verlangt der Gegenstand rasches endgültiges Handeln, muß man zunächst den Sicherungsvertrag nach einer Lösung befragen. Ansonsten gibt, wo nicht wegen sichtbarer Unwilligkeit des Absonderungsgläubigers vorzeitige Überleitung möglich ist, seine allgemeine Verwaltungs- und Verwertungsbefugnis dem Verwalter die Kompetenz zur Verwertung unter Auflösung des Absonderungsrechts (namentlich zur Einziehung einer fälligen verpfändeten Forderung) mit Rücklage des zur Befriedigung nötigen Erlösteils. Das in § 173 Abs. 2 Satz 1 InsO zu einer Überleitung aufgestellte Erfordernis der Fristsetzung entfällt auch dann nicht, wenn die Verwertungsreife noch sehr weit in der Zukunft liegt und sogar ungewiß ist, ob sie überhaupt jemals eintreten wird. Fristsetzung hat nämlich auch dann ihren Sinn, weil sie einen Zeitraum für Verhandlungen zwischen Verwalter und Absonderungsgläubiger (und etwaige Rücksprachen mit einem Dritten, welcher Schuldner der gesicherten Forderung ist) wegen einer Ablösung des Befriedigungsrechts beschreibt. Vergeht diese Zeit ungenutzt, hat gemäß § 173 Abs. 2 Satz 2 InsO der Verwalter die Verwertungsgewalt. Auch jetzt kann er aber noch anstatt einer Verwertung unter Konservierung des Befriedigungsrechtes mit dem Absonderungsgläubiger eine Ablösungsvereinbarung treffen.

hh) Der Verwalter übt seine sofort oder nach Übernahme gemäß § 173 Abs. 2 InsO bei ihm liegende **Verwertungsgewalt** nicht notwendig in eigener Person, durch seine Gehilfen oder durch die Mitarbeiter des Schuldners aus. Wo es ihm wegen besseren Marktzugangs sinnvoll erscheint, kann er sich der Hilfe des Absonderungsgläubigers bedienen, indem er ihn mit der Verwertung beauftragt (§ 662 BGB) und ihm entsprechende Handlungsmacht (Vollmacht oder Verfügungsermächtigung) erteilt. Der Gläubiger handelt dann im fremden oder im eigenen Namen und stets für fremde Rechnung, nämlich für Rechnung des Verwalters als Repräsentanten der Masse. Was der Absonderungsgläubiger erlangt, gibt er zur Masse heraus (§ 667 BGB). Dabei steht ihm (oberhalb der Kostenbeiträge gemäß § 170 Abs. 1 Satz 1 InsO) Aufrechnung (§ 387 BGB) mit seinem aus dem Befriedigungsrecht folgenden Anspruch auf bevorzugte Erlösauskehr (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO) zu. § 96 Abs. 1 InsO steht der Aufrechnung nicht entgegen, weil es nicht um Aufrechnung mit einer Insolvenzforderung geht. 1378

Statt den Gläubiger zu beauftragen, kann der Verwalter ihm auch das Absonderungsgut zur Verwertung überlassen (vorausgesetzt in § 170 Abs. 2 InsO). Er gibt damit den Gegenstand frei. Der Absonderungsgläubiger handelt nun (wie dort, wo der Verwalter gar nicht verwertungsbefugt ist) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Zu dieser eigenen Rechnung gehört es allerdings gemäß § 170 Abs. 2 InsO, der Masse aus dem Erlös einen Feststellungskostenbeitrag zu zahlen und gegebenenfalls Umsatzsteuer zu erstatten. Die Freigabe ist also keine unbeschränkte, sondern eine sogenannte modifizierte[35]. Je nach den Absprachen schuldet der Gläubiger auch Rückzahlung eines Überschusses in die Masse (was man ebenfalls noch als Teil der eigenen Rechnung ansehen kann, weil für den Absonderungsgläubiger die Deckung des eigenen Rechts im Mittelpunkt steht). Zumeist wird der Absonderungsgläubiger sich das Objekt nur erfüllungshalber freigeben lassen. Kaum je wird er schon die bloße Gelegenheit zur Verwertung an Erfüllungs Statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB ergrei- 1379

34 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 173 InsO, Rn. 1. Anders OLG München, Urteil vom 22. Juni 2004 – 25 U 5618/03, NZI 2004, 629, und BGH, Urteil vom 7. April 2005 – IX ZR 138/04, NZI 2005, 384, 385; danach habe vor Pfandreife der Verwalter über § 166 InsO hinaus und entgegen § 173 Abs. 1 InsO ohne weiteres (unabhängig von den Absichten des Absonderungsgläubigers) das vollständige Verwertungsrecht mit der Maßgabe, den Erlös zur weiteren Sicherung des Absonderungsgläubigers zurückzulegen. Dagegen die § 173 Abs. 2 InsO bevorzugende Anm. *Ampferl*, NZI 2005, 385, 387.

35 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 170 Rn. 13.

fen. Nach Freigabe übt der Absonderungsgläubiger sein Befriedigungsrecht so aus, wie er dies ohne Insolvenzverfahren täte.

1380 Ein dritter Weg ist Verwertung durch **endgültige Überlassung** des Gegenstandes an den Absonderungsgläubiger wie an irgendeinen anderen Erwerber (aufgezeigt in § 168 Abs. 3 Satz 1 InsO). Die Anrechnung auf das Absonderungsrecht sowie Kostenbeteiligung einschließlich Umsatzsteuerlast sind den Abmachungen zwischen Verwalter und Gläubiger überantwortet. Insbesondere ergibt sich hieraus regelmäßig, daß die Übernahme an Erfüllungs Statt (§ 364 Abs. 1 BGB) geschieht. Wenn die gesicherte Forderung unter dem Wert des Objektes liegt, leistet der Absonderungsberechtigte eine Zuzahlung in die Masse. Mit einer das Befriedigungsrecht übersteigenden Insolvenzforderung darf der Übernehmende nicht aufrechnen (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

1381 ii) Der Verwalter ist nach § 168 InsO gehalten, sich vor einer Veräußerung mit dem Absonderungsgläubiger in Verbindung zu setzen, um den besten Verwertungsweg zu ermitteln und dann auch zu beschreiten. Mißachtet er günstigere Gelegenheiten, schuldet die Masse dem Absonderungsgläubiger Ausgleich (§ 168 Abs. 2 Fall 2 InsO). Ist die Masse zu schwach, kommt persönliche Haftung (§ 60 Abs. 1 Satz 1 InsO) in Betracht. Auch jenseits von § 168 InsO erkundet der Verwalter bei Meidung persönlicher Haftpflicht die optimale Verwertung von Absonderungsgut.

c) Gläubigerzuständigkeit im Kleinverfahren

Im Kleinverfahren ist die Verwertungsmacht einheitlich geregelt.

1382 aa) Hier hat der **Treuhänder** entgegen der Regel des § 159 InsO **grundsätzlich keine Verwertungsbefugnis** (§ 313 Abs. 3 Satz 1 InsO). Sie bleibt beim Absonderungsgläubiger, so als ob es das Insolvenzverfahren nicht gäbe (§ 313 Abs. 3 Satz 2 InsO). Doch kann der Treuhänder die Verwertung bei Zögerlichkeit des Absonderungsgläubigers an sich ziehen (§§ 173 Abs. 2, 313 Abs. 3 Satz 3 InsO). Diese Übernahme des Verwertungsrechts im Kleinverfahren betrifft alle Gegenstände, an denen Absonderungsrechte haften, das heißt sowohl alle Immobilien als auch alle Mobilien. Die von § 313 Abs. 3 Satz 3 InsO angeordnete entsprechende Anwendung von § 173 Abs. 2 InsO greift also weiter als die unmittelbare Anwendung der Übernahmevorschrift im Regelverfahren, wo nur bestimmte, nämlich die nicht gemäß § 166 InsO vom Insolvenzverwalter zu verwertenden Mobilien betroffen sind.

1383 bb) Fraglich ist, ob der Absonderungsberechtigte auch dann gemäß § 313 Abs. 3 Satz 2 InsO zur Verwertung berufen ist und deshalb nach §§ 173 Abs. 2 Satz 1, 313 Abs. 3 Satz 3 InsO unter Fristdruck gesetzt werden darf, wenn sein Verwertungsrecht nach den ihm innewohnenden Bestimmungen noch nicht ausübbar ist. Das Problem begegnete bereits bei der Verwertung im Regelverfahren[36]. Verwertungsreife wird bei der Besicherung von Insolvenzforderungen nur zumeist, aber nicht notwendig immer schon eingetreten sein[37]. Hatte der Schuldner fremde Schuld gesichert, liegt die Verwertungsreife sehr oft noch in ferner Zukunft. Den Absonderungsgläubiger zur Verwertung zu berufen entlastet den Treuhänder und wahrt die der Sicherheit innewohnende Befugnis des Sicherungsnehmers, selbst für die Realisierung von Erlös zu sorgen. Für den Gedanken, das Sicherungsgut nicht zu früh zu liquidieren, damit es in Sanierungsüberlegungen einbezogen werden kann, und deswegen den Verwalter mit der Zuständigkeit auszustatten, ist in der Kleininsolvenz selten Raum[38].

36 Zuvor Rn. 1372.
37 Siehe oben Rn. 1231 ff.
38 Siehe Begründung des Rechtsausschusses, in: *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 583.

Entlastung wäre allerdings auch dann nachvollziehbar, wenn das Absonderungsrecht noch nicht herangereift ist. Der Absonderungsgläubiger wird, so könnte man sich vorstellen, gewissermaßen für die Versilberung in Dienst genommen und erfährt deswegen eine vorgreifende Erweiterung seiner Handlungsmöglichkeiten über das in Sicherungsvertrag oder Gesetz für die Situation ohne Insolvenzverfahren gesetzte Maß hinaus. Eine solche Indienstnahme würde den Absonderungsgläubiger jedoch zu einem Organ machen. Hätte der Gesetzgeber diese fremdnützige Aufgabe des Absonderungsgläubigers gewollt, so wäre eine deutlichere Bestimmung zu erwarten gewesen. Das Verwertungsrecht des Gläubigers gemäß § 313 Abs. 3 Satz 2 InsO ist lediglich Respekt des Insolvenzverfahrens vor dem Absonderungsrecht. Und das Absonderungsrecht kennt keine vorgezogene Bedienung, wie sie der Insolvenzgläubiger nach § 41 InsO genießt.[39] Man wird die Vorschrift daher auf das zur Verwertung schon herangereifte Absonderungsrecht beschränkt lesen müssen. Der Absonderungsgläubiger hat demnach das Verwertungsrecht zwar schon vor Verwertungsreife inne, kann es aber erst ab Verwertungsreife ausüben. Außerdem muß man § 313 Abs. 3 Satz 2 InsO so auslegen, daß der Absonderungsgläubiger, wenn dann die Verwertungsreife eingetreten ist, nur die ihm nach Gesetz und Sicherungsgeschäft zustehende Verwertungsweise nutzen kann und nicht etwa zwischen all denjenigen Wegen wählen darf, die dem Verwalter offenstehen[40]. 1384

Freilich ist es auch nicht Sinn des Respekts vor dem Absonderungsrecht, daß Mangel an Verwertungsreife das Objekt jeglicher Verwertung zugunsten des Insolvenzverfahrens entziehe. Das Problem ist dasselbe wie beim nicht verwertungsbefugten Insolvenzverwalter im Regelverfahren[41]. Der Treuhänder muß deshalb schon vor Reife des Absonderungsrechts die vom Absonderungsgläubiger zur Zeit noch nicht ausübbare Verwertungsbefugnis gemäß §§ 173 Abs. 2, 313 Abs. 3 Satz 3 InsO zur sofortigen Ausübung auf sich überleiten können. Dabei setzt das Insolvenzgericht dem Absonderungsgläubiger die in § 173 Abs. 2 Satz 1 InsO vorgesehene Frist zur Selbstverwertung auch dann, wenn die Verwertungsreife noch sehr weit entfernt zu sein scheint. Denn der Absonderungsgläubiger kann die Frist dazu nutzen, mit dem Treuhänder um Vorverlagerung der Verwertungsreife gegen Ermäßigung des zu erlösenden Betrages zu verhandeln (und gegebenenfalls Rücksprache mit einem Dritten als Schuldner der gesicherten Forderung zu halten). Verstreicht die Frist fruchtlos, darf der Treuhänder zur Verwertung schreiten. Hieraus erfährt der Absonderungsberechtigte aber keine vorzeitige Befriedigung. Vielmehr verwertet der Treuhänder so, daß das Befriedigungsrecht erhalten bleibt und sich weiter entwickeln kann. Hinzunehmen ist, wenn sich dazu keine Gelegenheit ergibt. Wenn etwas sich nicht verwerten läßt, weil der Markt den Gegenstand nicht aufnehmen mag, hat es damit sein Bewenden. 1385

cc) Alternative zur Übernahme der Verwertungsbefugnis nach §§ 173 Abs. 2, 313 Abs. 3 Satz 3 InsO und auch zur Ausübung der übernommenen Verwertungsbefugnis ist, daß der Treuhänder das Absonderungsrecht aus Mitteln der Masse ablöst. Insbesondere kann er dem Absonderungsberechtigten ein neues Verwertungsrecht an einem vorerst noch nicht zur Verwertung anstehenden Massegegenstand einräumen, während der Absonderungsgläubiger im Gegenzuge auf das Absonderungsrecht verzichtet. Solche Lösungen bedürfen aber des Einvernehmens mit dem Absonderungsgläubiger. 1386

d) Kompetenzüberschreitung

Kompetenzüberschreitungen haben uneinheitliche Konsequenzen.

aa) Verwertet der Verwalter, wo er nicht oder noch nicht hätte verwerten dürfen, gewinnt der Absonderungsberechtigte in analoger Anwendung von § 48 InsO ein Absonderungsrecht an dem aus der Verwertung Erlangten[42]. Die vorschriftswidrig getätigten Geschäfte sind wegen der generellen Verfügungsgewalt des Verwalters (§§ 80 Abs. 1, 159 InsO) gültig. Jedoch geht das 1387

39 Siehe oben Rn. 1231 f.

40 Vgl. *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 313 InsO, Rn. 92 f., 98 wegen der Verwertungsreife und Rn. 105 wegen der Verwertungsweise.

41 Siehe zuvor Rn. 1375 ff.

42 Siehe oben Rn. 909.

Absonderungsrecht nicht notwendig in dem Verwertungsvorgang unter, sondern kann (parallel zu dem Ersatzabsonderungsrecht) gegenüber dem Erwerber fortbestehen[43].

1388 Die Geschäfte scheitern auch nicht daran, daß der die Verwertungskompetenz innehabende Verwalter gemäß § 160 InsO die Zustimmung der Gläubigerschaft – und gegebenenfalls gemäß § 282 Abs. 1 Satz 1 InsO des Sachwalters – hätte einholen müssen, oder daran, daß das Gericht gemäß § 161 Satz 2 InsO die Verwertung zurückstellte (§§ 164, 282 Abs. 2 InsO).[44]

1389 bb) Verwertet der Absonderungsgläubiger, wo der Verwalter zuständig gewesen wäre, sind Veräußerungen wegen des fortwirkenden Insolvenzbeschlages ungültig. Da der Insolvenzbeschlag ein absolutes Verfügungsverbot darstellt, findet **kein Gutglaubensschutz** nach §§ 135 f. BGB statt. Den Erlös muß der Absonderungsgläubiger eigentlich vollständig an den Verwalter herausgeben.[45] Die Grundlage dafür liefern die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 667, 681 Satz 2, 687 Abs. 2 Satz 1 BGB für die bewußte Anmaßung) oder der ungerechtfertigten Bereicherung (insbesondere § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB; auch § 816 Abs. 2 BGB, sofern man bei Sicherungszession trotz Offenlegung den Verwalter für verwertungsbefugt und damit zur Einziehung berechtigt hält[46]).

1390 Doch kann der Absonderungsberechtigte die Erstattung unter Berufung auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) insoweit verweigern, als er ohnehin aus dem Erlös vorab zu bedienen ist. Nur den Überschuß hat daher der eigenmächtige Absonderungsgläubiger an den Verwalter herauszugeben. Zusätzlich muß der Absonderungsgläubiger allerdings aus dem Erlös einen Feststellungskostenbeitrag[47] und Umsatzsteuerausgleich nach § 170 Abs. 2 InsO analog an den Verwalter zahlen, soweit bei regulärem Verlauf §§ 170 f. InsO Anwendung gefunden hätten. Nicht hingegen schuldet der Absonderungsgläubiger einen fiktiven Verwertungskostenbeitrag. Der Verwertungskostenbeitrag gemäß § 170 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO dient nicht voraussetzungslos der Masseanreichung, sondern fällt nur bei wirklicher Belastung der Masse mit Verwertungskosten an. Geschieht die Verwertung regelwidrig durch den Absonderungsgläubiger, hat die Masse keine Verwertungskosten. Sie werden dann ebensowenig erhoben wie gemäß § 170 Abs. 2 InsO bei ordnungsgemäßer Verwertung durch den Absonderungsgläubiger[48].

e) Grenzüberschreitende Verwertung

1391 Die Aufgabenverteilung zwischen Verwalter und Absonderungsgläubiger nach nationalem Insolvenzrecht gilt auch für den **Zugriff im Ausland** (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe c EuInsVO; § 335 InsO). Auslandsvermögen des Schuldners ergreift der Verwalter eines deutschen Hauptinsolvenzverfahrens (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) generell wie Inlandsvermögen (Art. 18 Abs. 1 EuInsVO). Der Verwalter eines deutschen Territorialverfahrens (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO) ergreift es immerhin insoweit, als es nach Eröffnung aus Deutschland ins Ausland verschoben wurde (Art. 18 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO).[49] Stets aber achtet der Verwalter darauf, daß er beim Zugriff und insbesondere bei der Verwertung das örtliche Recht beachtet (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 EuInsVO). Das im Prinzip das Verfahren beherrschende deutsche Insolvenzrecht ordnet sich dem auswärtigen Verfahrensrecht unter, damit der Übergriff in fremde Hoheit aus der Sicht des fremden Staates systemkonform bleibt.

1392 Haften an dem Auslandsgut allerdings **dingliche Rechte**, so sollen diese Rechte gemäß Art. 5 Abs. 1 EuInsVO **unberührt** bleiben. Unter anderem schützt dies Befriedigungsrechte (Art. 5 Abs. 2 Buchstaben a und b EuInsVO), welche im Verständnis des deutschen Insolvenzrechts

43 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 173 InsO, Rn. 4.

44 Oben Rn. 1334 und Rn. 1371.

45 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 166 InsO, Rn. 8 ff.

46 Siehe oben Rn. 1369.

47 BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 – IX ZR 81/02, DZWIR 2003, 332, 333, mit Anm. *Becker*, DZWIR 2003, 337 ff.

48 BGH, Urteil vom 20. November 2003 – IX ZR 259/02, ZInsO 2003, 1137, 1138.

49 Siehe schon oben Rn. 1012.

Absonderungsrechte darstellen[50]. Die Bedeutung dieses Schutzes ist sehr umstritten. Ähnlich wie zum Schutz des vorbehaltenen Eigentums in Art. 7 EuInsVO[51] wird trotz Bedenken die Meinung vertreten, daß das Auslandsgut der Verwertung entzogen ist, sobald ein Absonderungsrecht an ihm haftet[52]. Allenfalls ein – nicht immer zulässiges – Sekundärverfahren am Ort kann nach dieser Auffassung den belasteten Gegenstand in die Verwertung führen. Dieses Verständnis von Art. 5 EuInsVO geht meiner Meinung nach zu weit. Art. 5 EuInsVO verlangt nicht, daß der Gegenstand unangetastet bleibe, sondern fordert nur, daß das Absonderungsrecht respektiert wird[53]. Der Verwalter des deutschen Hauptinsolvenzverfahrens kann daher nach hier vertretener Auffassung durchaus das im Ausland befindliche belastete Gut verwerten, wenn er nur das Absonderungsrecht nicht schlechter behandelt und bedient, als es bei einem örtlichen Konkurs der Fall wäre[54]. Je nach dem zu achtenden örtlichen Insolvenzrecht kann es auch am Rechtsinhaber (Sicherungsnehmer) sein, die Verwertung für das deutsche Insolvenzverfahren durchzuführen, so wie es seine Zuständigkeit für ein örtliches Insolvenzverfahren wäre.[55]

3. Mit Absonderungsrechten behaftete Immobilien

a) Eine Immobilie, an der ein oder mehrere Absonderungsrechte nach § 49 InsO (insbesondere Grundschulden gemäß § 1191 Abs. 1 BGB) haften, kann der Verwalter freihändig kraft seiner allgemeinen Verwertungsbefugnis (§ 159 InsO) dergestalt verwerten, daß das Verwertungsrecht des Absonderungsgläubigers unangetastet bleibt. So verhält es sich, wenn der Verwalter ein mit Hypothek (§ 1113 Abs. 1 BGB) oder Grundschuld (§ 1191 Abs. 1 InsO) belastetes Grundstück mitsamt der Belastung verkauft. Im Kaufvertrag legen Verwalter und Erwerber fest, daß die Belastung bestehen bleiben darf und keinen Rechtsmangel nach § 435 BGB darstellt. An den Absonderungsberechtigten wird kein Erlös ausgekehrt. **1393**

Trotz Aufrechterhaltung des Befriedigungsrechts kann es sinnvoll sein, den Absonderungsgläubiger in das Geschäft einzubeziehen. Dies ermöglicht eine verbindliche Festlegung, in welcher Höhe das Befriedigungsrecht angesichts des Standes der gesicherten Forderung künftig noch benutzt werden kann. Bei Besicherung fremder Schuld mag es sich überdies anbieten, auch den dritten Schuldner einzubeziehen. Die weitere Entwicklung der gesicherten Schuld, welche der Erwerber eventuell übernimmt (§ 414 BGB oder § 415 Abs. 1 BGB), kann dann zuverlässig in die Preisbildung für das Verwertungsgeschäft eingehen. Bei Besicherung einer Insolvenzforderung hingegen ergibt sich die Berechnung sofort, da gemäß § 41 InsO keine Fälligkeit mehr abzuwarten ist. Auch dann, wenn die Sicherheit gar nicht mehr valutiert, kann Einbeziehung des Absonderungsberechtigten geboten sein. Ein Abnehmer wird vermutlich, wenn der Verwalter nicht schon zuvor für Aufhebung und Löschung des erledigten Verwertungsrechts sorgte, darauf bestehen, daß die Belastung zumindest in einem Zuge mit dem Erwerb getilgt werde und der bislang Befriedigungsberechtigte erkläre, keine Verwertung mehr gemäß dem bisherigen Sicherungszweck betreiben zu **1394**

50 Eine ähnliche Regelung trifft § 351 Abs. 1 Fall 2 InsO für Absonderungsrecht an Gegenständen in Deutschland bei ausländischem Insolvenzverfahren.

51 Siehe oben Rn. 984.

52 *Duursma-Kepplinger*, in: *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Art. 5 EuInsVO, Rn. 6 ff., 45, 61 ff.; *Smid*, Internationales, Art. 5 EuInsVO, Rn. 2, 23 ff.

53 Ebenso *Kindler*, in: MünchKomm BGB, IntInsR Rn. 276, *Paulus*, Europäische Insolvenzordnung, 2. Aufl. Rn. 19 ff.

54 Ebenso *Rossbach*, S. 175 ff.

55 Siehe auch *Becker*, Mobiliarsicherheiten im Internationalen Insolvenzrecht, in: *Piatti* u.a., S. 75 ff., 85 ff.

wollen. Für eine lastenfreie Veräußerung aus freier Hand bedarf der Verwalter auf jeden Fall der Mitwirkung des Absonderungsgläubigers. Freihändige Veräußerung mit oder ohne Belastungen muß außerdem als wichtige Maßnahme gemäß § 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 InsO mit der Gläubigerschaft abgestimmt sein.

1395 b) Auch Verwertung, die der Verwalter gemäß § 165 InsO, § 172 ZVG mit den Mitteln des **Zwangsvollstreckungsrechts** (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) betreibt, berührt ein aus Grundpfandrecht gewonnenes Absonderungsrecht grundsätzlich nicht. Denn das Absonderungsrecht geht gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG stets dem Verwertungsanliegen des Verwalters im Range vor und bleibt deswegen sowohl bei Zwangsverwaltung (vgl. § 155 Abs. 2 Satz 1 ZVG) als auch nach den Versteigerungsbedingungen bei der Zwangsversteigerung mittels Aufnahme in das geringste Gebot bestehen (§§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1 ZVG). Allenfalls Ausbietung ohne Rücksicht auf die älteren Rechte nach § 174a ZVG greift in den Bestand des älteren Rechts ein. Der Absonderungsgläubiger kann allerdings, wenn sein Verwertungsrecht herangereift und mit einem Titel ausgestattet ist, ebenfalls auf Zwangsversteigerung antragen und durch diesen Beitritt sein Recht mit Vorrang vor dem Erlösinteresse des Verwalters (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG) liquidieren.

1396 c) Wenn der Absonderungsgläubiger schon vor der Eröffnung die Zwangsversteigerung in das Grundstück begonnen hatte, wird sein Recht ebenfalls liquidiert. Dabei spielt keine Rolle, ob er ein Grundpfandrecht zu realisieren sich anschickte oder als ein ungesicherter Gläubiger überhaupt erst mit der Beschlagnahme das Befriedigungsrecht (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG) und deswegen ab Eröffnung die Stellung als Absonderungsgläubiger gemäß § 49 InsO erlangte. Die Zwangsvollstreckung wurde durch die Eröffnung nicht unterbrochen. Desgleichen bewirkt der Absonderungsgläubiger Auflösung seines Rechts, wenn er die Zwangsvollstreckung nach Eröffnung beginnt (es kann sich nun, da das Absonderungsrecht notwendig aus der Zeit vor Eröffnung herrührt, nur um ein Grundpfandrecht handeln, nicht um ein Absonderungsrecht aus Beschlagnahme, da vorausgesetzt ist, daß diese vor Eröffnung noch nicht stattfand). Allenfalls kann die vom Gläubiger betriebene Liquidation unterbunden sein, weil das Vollstreckungsgericht als eine Sicherungsmaßnahme im Eröffnungsverfahren (§ 30d Abs. 4 ZVG) oder nach Eröffnung (§ 30d Abs. 1 oder Abs. 2 ZVG; § 153b Abs. 1 ZVG) die Zwangsvollstreckung einstellte. Rangschwächere Absonderungsrechte werden in der Zwangversteigerung durch den rangstärkeren Absonderungsgläubiger liquidiert (§ 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG), und zwar ohne Rücksicht auf die Fälligkeit (§ 111 Satz 1 ZVG[56]).

1397 Erlitt die Vollstreckung in das Grundstück keine Einstellung, kann der Verwalter den Dingen ihren Lauf lassen und auf den etwaigen Überschuß für die Masse warten. Wenn er dies für nötig hält, kann der Verwalter aber auch der Verwertung beitreten, um Ausbietung unter dem normalen geringsten Gebot (§ 174a ZVG) veranlassen oder überhaupt Einfluß auf die Geschwindigkeit des Verfahrens nehmen zu können. Ist die Vollstreckung eingestellt, steht der Verwalter mit seinem Verwertungsantrag gemäß §§ 165 InsO, 172 ZVG allein. Das Erlösinteresse des beitretenden Verwalters rangiert hinter dem Befriedigungsrecht des Absonderungsgläubigers, gleichviel ob er dieses schon vor der Zwangsvollstreckung hatte (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG) oder erst durch den Beginn der Zwangsvollstreckung vor der Eröffnung gewann (§§ 10 Abs. 1 Nr. 5, 11 Abs. 2 ZVG).

4. Mit Absonderungsrechten behaftete Mobilien

1398 a) Auch bei Mobilien nimmt die Liquidation des Insolvenzverfahrens in zweierlei Weise Rücksicht auf das Absonderungsrecht. Entweder bleibt (falls sich unter dieser Bedingung ein Abnehmer findet) das Befriedigungsrecht unangetastet. Oder es wird

56 § 111 ZVG gleicht § 41 InsO.

aufgelöst, und der Absonderungsgläubiger genießt bevorzugte Befriedigung (§§ 50 f. InsO). Sichert das Absonderungsrecht eine Insolvenzforderung, so begünstigt unter Umständen die Fälligkeitsvorverlagerung nach § 41 InsO die Verwertungsreife[57]. Soll das Befriedigungsrecht aufrechterhalten bleiben, wird sich auch bei Verwertungsbefugnis des Verwalters empfehlen, den Absonderungsgläubiger in das Verwertungsgeschäft einzubeziehen. Denn der Abnehmer der belasteten Mobilie wünscht (nicht anders als bei der freihändigen Immobilienverwertung) Klarheit über den Stand der gesicherten Forderung. Die Zusicherung des Verwalters allein, daß das Befriedigungsrecht nur in bestimmter Höhe oder gar nicht mehr valutiere, ist ihm weniger wert als eine entsprechende Zusicherung des Absonderungsberechtigten. Eine Zusicherung des Absonderungsberechtigten bewirkt mindestens schuldrechtlich Verzicht auf das Befriedigungsrecht. Sichert das Absonderungsrecht die Schuld eines Dritten, empfiehlt sich auch dessen Einbeziehung in das Geschäft, um die weitere Entwicklung der Schuld zu definieren und so den Preis für die Hinnahme des Verwertungsrechts zu bestimmen.

aa) **Ohne Auflösung** des Absonderungsrechts verwertet der Verwalter beispielsweise eine in seinem unmittelbaren Besitz befindliche sicherungsübereignete Maschine, indem er den Anspruch auf Rückverschaffung aus dem Sicherungsvertrag abtritt (§ 398 BGB). Falls die Sicherungsübereignung durch Erledigung des Sicherungszwecks auflösend bedingt ist (§ 158 Abs. 2 BGB), veräußert der Verwalter das Anwartschaftsrecht gemäß § 929 Satz 1 BGB. Eine beim Absonderungsberechtigten befindliche und mit Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht belegte Sache veräußert der Verwalter (nach Übernahme der Verwertungsgewalt gemäß § 173 Abs. 2 InsO) mittels Einigung nach § 929 Satz 1 BGB und Ersatz der Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 931, 398 BGB). Es ist dann am Erwerber, die Sache beim Absonderungsberechtigten auszulösen. Das wirkt in die Preisgestaltung zurück. Der Absonderungsberechtigte kann in die Absprachen einbezogen werden – vor allem, um bei nichtakzessorischer Sicherheit eine Differenz zwischen Wert der Sicherheit und Höhe der gesicherten Forderung auszugleichen. 1399

bb) **Auflösung mit Vorwegbedienung** entspricht der vorzugsweisen Befriedigung des besser Berechtigten in der Einzelvollstreckung, welche notfalls einklagbar ist (§ 805 Abs. 1 ZPO). Eine Entsprechung zu der nach herrschender Meinung einem Sicherungseigentümer oder einem Sicherungszessionar möglichen Drittwiderspruchsklage (§ 771 Abs. 1 ZPO) hingegen hat das Insolvenzverfahren für Verwertungsrechte nicht. Denn es kann bei der Gesamtvollstreckung keine Unverwertbarkeit geben, soweit das Existenzminimum überschritten ist (§ 36 Abs. 1 InsO). Die der Interventionsklage entsprechende Aussonderung (§ 47 InsO)[58] setzt eine Rechtsstellung voraus, welche stärker als diejenige des Schuldners ist. Der Sicherungsnehmer hat diese stärkere Stellung nicht einmal im Falle des Sicherungseigentums, das der Schuldner ihm an seiner Sache verschaffte. Nur das von einem Dritten stammende Sicherungseigentum kann der Sicherungsnehmer (zusammen mit dem Dritten) aussondern. 1400

b) Der **Verwalter** verwertet Mobilien aus **freier Hand**. § 166 Abs. 1 InsO gibt das für Sachen ausdrücklich vor. Wahlfreiheit gilt aber auch für Forderungen, weil § 166 Abs. 2 InsO keine Beschränkung ausdrückt. Die Freihändigkeit erscheint in § 166 Abs. 1 und Abs. 2 InsO als Grundprinzip, das auch auf alle anderen Mobilien zu erstrecken ist. Sie herrscht auch dann, wenn der Insolvenzverwalter die Verwertungsbefugnis erst durch Überleitung nach § 173 Abs. 2 InsO gewinnt. Eine für die weitere Bewirt- 1401

57 Vgl. für belastete Immobilien oben Rn. 1394. Überhaupt zur Verwertungsreife oben Rn. 1231 ff., 1372 ff.

58 Siehe oben Rn. 962 ff. (§ 22).

schaftung und Abwicklung bedeutsame Verwertung stimmt der Verwalter allerdings mit der Gläubigerschaft ab (§ 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 InsO).

1402 aa) Freie Hand hat der Verwalter nicht allein dann, wenn er das Befriedigungsrecht des Absonderungsberechtigten konserviert. Vielmehr kann freihändige Verwertung das Befriedigungsrecht auch auflösen. Dies sieht das Gesetz sogar als den Regelfall an. Denn die Beseitigung des Absonderungsrechts am verwerteten Gut ist die Grundlage für die bevorzugte Bedienung aus dem Erlös gemäß § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO.

1403 bb) Verwertung von Forderungen, an denen Absonderungsrechte haften, ist dem Verwalter namentlich durch Einziehen erlaubt (§ 166 Abs. 2 Fall 1 InsO). Der Drittschuldner erfüllt mit seiner Leistung zur Masse gemäß § 362 Abs. 1 BGB. Der Verwalter bedarf keiner Ermächtigung des Sicherungsnehmers, damit gemäß §§ 185 Abs. 1, 362 Abs. 2 BGB die Erfüllungswirkung eintritt und das Befriedigungsrecht an der Forderung mit der Forderung untergeht.

1404 Der Verwalter zieht nur im Rahmen der Massebewirtschaftung eine dem Schuldner gebührende Leistung eines Haftpflichtversicherers ein, obgleich der Geschädigte an der Forderung gegen den Versicherer nach § 110 VVG das Absonderungsrecht hatte. Zwecks Verwertung hingegen beruft § 166 Abs. 2 InsO ihn weder zur Einziehung noch zu anderweitiger Versilberung. Es handelt sich hier nicht um einen Fall der Sicherungsabtretung gemäß § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO, da das Absonderungsrecht des Geschädigten ohne Abtretung bestand, das heißt die Forderung immer im Schuldnervermögen blieb. Es ist gemäß § 173 Abs. 1 InsO Sache des Geschädigten, den Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer in Erlös umzusetzen. Falls der Verwalter den Deckungsanspruch des Schuldners gegen den Versicherer aus der Insolvenzmasse freigibt, ist es Sache des Schuldners, sich mit dem Versicherer auseinanderzusetzen. Und der Geschädigte hält sich an den Schuldner unmittelbar, notfalls mit Zwangsvollstreckung, an der ihn § 89 Abs. 1 InsO[59] nicht hindert, da der Geschädigte bei seinem Zugriff als Absonderungsberechtigter, wie ein Pfandgläubiger und nicht als Insolvenzgläubiger handelt.[60]

1405 cc) Ebenso wie schon zur Bewirtschaftung des Schuldnervermögens[61] fragt sich auch zur Verwertung beweglichen Absonderungsgutes, ob der Verwalter neben der ihm von §§ 166, 173 Abs. 2 InsO gewährten Verwertungsbefugnis auch eine vom Sicherungsnehmer dem Schuldner erteilte Verfügungsbefugnis nutzen darf.[62] Zu denken ist insbesondere an die mit Sicherungsabtretung verknüpfte Veräußerungsermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB) beim verlängerten Eigentumsvorbehalt und bei der verlängerten Sicherungsübereignung, aber auch an Verarbeitungserlaubnisse und an die Einziehungsermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB analog) bei der Sicherungsabtretung. Nach wie vor wird man im Zweifel anzunehmen haben, daß die Erlaubnis keine Kraft mehr hat, weil der Absonderungsberechtigte wegen der Sperre des § 91 Abs. 1 Fall 1 InsO keine Ersatzsicherheit gemäß den vom Schuldner getroffenen Dispositionen aus der Masse erlangen kann.

1406 Sofern nach der Insolvenzordnung der Verwalter verwertungsbefugt ist, kommt es auf eine dem Schuldner vom Sicherungsnehmer erteilte Verfügungsermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB unmittelbar oder analog) nicht mehr an. Es bedarf dann nicht der Klärung, ob die Ermächtigung noch im Insolvenzverfahren gilt oder ob sie mit der Eröffnung oder später von selbst entfiel oder wegen Widerrufs. Erheblich wird die Frage nur dort, wo nach Insolvenzrecht der Gläubiger die Verwertungsbefugnis innehat. Dazu müßte er im Besitz der Sache sein, was bei der Sicherungsübereignung nicht häufig vorkommt. Die Selbstverwertung sicherungshalber übernommener Forderungen nach § 166 Abs. 3 InsO ist ebenfalls Ausnahme. Und der hier vertretenen Selbstverwertung nach Offenlegung[63] steht die höchste Rechtsprechung entgegen sowie vorderhand die Unkenntnis des Sicherungszessionars vom Forderungsbestand.

59 Zur Anwendung der Vollstreckungssperre zu Lasten der Insolvenzgläubiger auf freigegebenes Gut siehe oben Rn. 895.

60 BGH, Urteil vom 2. April 2009 – IX ZR 23/08, NZI 2009, 380, 381.

61 Oben Rn. 902 ff.

62 Siehe oben Rn. 1403.

63 Oben Rn. 1369.

Unbenommen ist es dem Verwalter, sich vom Sicherungsnehmer rechtsgeschäftlich Verfügungsgewalt über das Absonderungsgut erteilen zu lassen und diese Verfügungsgewalt dann zur Verwertung zu nutzen. Der Sicherungsnehmer wird sich darauf vermutlich einlassen, wenn der Verwalter ihm Vorabbefriedigung in dem Umfang verspricht, wie sie sich auch im regulären Verlauf nach §§ 166 ff. InsO ergäbe. Wenn der Verwalter die Erlaubnis des Sicherungsnehmers nur durch Bestellung neuer Sicherheit zu gewinnen vermag, vermittelt diese neue Sicherheit kein Absonderungsrecht nach §§ 49 ff. InsO, sondern eine auf Duldung der Verwertung gerichtete Masseschuld. Die gesicherte Schuld wird dadurch freilich nicht zur Masseschuld, sondern sie bleibt Insolvenzverbindlichkeit (§ 38 InsO) – sofern es eine eigene Schuld und nicht die Schuld eines Dritten war, auf die der Schuldner Sicherheit gegeben hatte. Zur Masseverbindlichkeit kann die gesicherte Forderung freilich nach den Regeln über schwebende Geschäfte[64] werden. 1407

Wegen der gesetzlichen Verfügungsgewalt bedarf es des Rückgriffs auf rechtsgeschäftliche Gestattungen regelmäßig nicht. Soweit und solange aber der Verwalter nicht schon kraft seiner Stellung verwertungsbefugt ist (§ 173 Abs. 1, 313 Abs. 3 Satz 1 InsO) kann die rechtsgeschäftliche Erlaubnis eine Alternative zur raschen Erledigung hergeben. Der Eintritt in die Verwertungsbefugnis des Absonderungsgläubigers nach § 173 Abs. 2 InsO (ggfs. mit § 313 Abs. 3 Satz 3 InsO) erübrigt sich dann. 1408

c) Der verwertungsbefugte **Absonderungsgläubiger** nutzt diejenigen Verwertungswege, welche sich aus den für seine Sicherheit geltenden **gesetzlichen oder vertraglichen Regelungen** ergeben. Das sind grundsätzlich keine anderen als die auch ohne Insolvenzverfahren einzuschlagenden. Je nach Gestaltung der Sicherheit steht ihm freihändige Verwertung, öffentliche Versteigerung oder der Weg der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 808 ff., 828 ff. ZPO offen. Der Weg der Zwangsvollstreckung kann insbesondere Fortsetzung einer vor Eröffnung schon begonnenen Zwangsvollstreckung sein, welche der Gläubiger entweder aufgrund schon bestehenden Absonderungsrechts in Gang gesetzt oder welche dieses überhaupt erst erzeugt hatte. 1409

Das Insolvenzverfahren gibt dem Absonderungsberechtigten nicht generell eine besondere Handhabe. Allerdings kann es sein, daß die zu der jeweiligen Sicherheit bestehenden Regelungen für den Fall der Insolvenz Modifikationen bereithalten. Wenn Nachlässigkeit des Absonderungsberechtigten den Erlös schwächt, verletzt er den Sicherungsvertrag oder das im Gesetz geregelte Schuldverhältnis um das Sicherungsrecht. Er schuldet der Masse gemäß § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen der Schmälerung des Überschusses. 1410

d) Wie bei unbelastetem Gut[65] kann auch in der Verwertung von Absonderungsgut das Problem der Mängelhaftung oder der Haftung für sonstige Leistungsstörungen auftauchen. Für den Abnehmer ist es dabei von großem Belang, ob der Verwalter oder der im eigenen Namen auftretende Absonderungsberechtigte sein Vertragspartner wurde. War es der Absonderungsberechtigte, so liegt bei ihm das Risiko, ob die Masse Deckung leisten kann. 1411

5. Ausgleich für Aufschub der Verwertung

a) Während der absonderungsberechtigte Gläubiger unter Zeitdruck gesetzt werden kann (§ 173 Abs. 2 Satz 1 InsO), bestimmt der sogleich oder nach Entzug der Gläubigerbefugnis zur Verwertung berufene Verwalter den Zeitpunkt der Verwertung und den zwischenzeitlichen Umgang mit dem Objekt nach etwaigen Vorgaben der Gläu- 1412

64 Siehe oben Rn. 1077 ff. (§ 25).
65 Vgl. oben Rn. 1347 ff.

bigerversammlung (§ 159 InsO am Ende) und ansonsten nach pflichtgemäßem Ermessen. Der Absonderungsberechtigte muß Verzögerungen und Wertverluste hinnehmen. Er wird dafür aber gemäß §§ 169 Satz 1, 172 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 30e Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, 153b Abs. 2 ZVG durch Zinszahlung und Zahlung zum Ausgleich des Wertverzehrs aus der Masse entschädigt[66].

1413 aa) Die Ausgleichsregelungen greifen sowohl dann, wenn der Verwalter von vornherein verwertungsbefugt ist, als auch dann, wenn ihm das Verwertungsrecht erst noch gemäß § 173 Abs. 2 InsO (eventuell mit § 313 Abs. 3 Satz 3 InsO) an sich zufällt[67]. Bezüglich der Zinszahlungen muß man aber die Einschränkung machen, daß der Gläubiger keine Entschädigung verdient, wenn er selbst die Verwertung verzögerte, als die Verwertungsbefugnis noch bei ihm lag[68]. Zinsausgleich fällt daher nur dann an, wenn es vor der Überleitung noch an der Verwertungsreife gefehlt hatte und diese erst nach Überleitung der Verwertungsbefugnis auf den Verwalter eintritt – oder allenfalls ganz kurz vor Ablauf der dem Gläubiger gemäß § 173 Abs. 2 Satz 1 InsO gesetzten Frist, so daß der Gläubiger die restliche Zeit auch unter Berücksichtigung schon vorher möglicher Vorbereitung nicht mehr nutzen konnte.

1414 bb) Auch längerandauernde Behinderungen wegen Sicherungsmaßnahmen schon während des Eröffnungsverfahrens (siehe § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 5 InsO) ziehen gemäß § 169 Satz 2 InsO, § 30e Abs. 1 Satz 2 ZVG Entschädigung nach sich[69]. Ausgleichszahlungen gibt es aber immer nur in dem Maße, wie der Absonderungsgläubiger Befriedigung hätte erwarten dürfen (§§ 169 Satz 3, 172 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 30e Abs. 3 ZVG). Diese Vorbehalte tragen dem Verwalter komplizierte prognostische Berechnungen ein. Die Berechnungen von Zinsausgleich und Ausgleich für Wertverzehr sind bereits je für sich nicht leicht. Besonders schwer aber wird es dort, wo Verzögerung und Wertverzehr einander begleiten.

1415 cc) In der internationalen Insolvenz kann sich die Verwertung im Territorialverfahren auch deswegen verzögern, weil der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens den örtlichen Bestand konserviert sehen möchte, um alle Möglichkeiten der Koordinierung offen zu halten. Auf seinen Antrag setzt das örtliche Insolvenzgericht die Verwertung aus, und der Absonderungsberechtigte empfängt Zinsausgleich (Art. 33 Abs. 1, 36 EuInsVO, Art. 102 § 10 EGInsO).

1416 b) Unter die entschädigungspflichtige Benutzung des Absonderungsgutes gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 InsO fällt jegliche Maßnahme ordentlicher Bewirtschaftung. Die Regelung knüpft an die in § 148 InsO begründete allgemeine Bewirtschaftungskompetenz des Verwalters an. Je nach Art des Gegenstandes und je nach den Marktgegebenheiten kann auch ein Verbrauch oder ein Liegenlassen darunter fallen.[70] Nicht etwa sind verzehrende, verbindende, vermischende oder umgestaltende Verwendungen allein bei Neutralität für das Verwertungsrecht erlaubt. § 172 Abs. 2 InsO spricht dem Verwalter zwar die wertneutrale Behandlung eigens zu. Doch schließt das die beeinträchtigende Behandlung mit Entschädigung gemäß § 172 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht aus.

1417 c) Zinsausgleich wegen Verzögerung kann erstmals im eröffneten Verfahren einsetzen oder sich nach der Eröffnung nahtlos fortsetzen, weil er schon vorher begann. Die nach Eröffnung einsetzende Verzinsung beruht entweder auf Verstreichen des Berichtstermins (§ 169 Satz 1 InsO, § 30e Abs. 1 Satz 1 ZVG) oder auf Einstellung der Zwangsverwertung während des Eröffnungsverfahrens und Verstreichen einer dreimonatigen Frist der Geduld (§§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 5, 169 Satz 2 InsO, § 30e Abs. 1 Satz 2 ZVG). Diese Frist kann je nach Geschwindigkeit des Eröffnungsverfahrens bereits vor der Eröffnung abgelaufen sein. Zinsen sind dann aus dem

66 Siehe schon oben Rn. 1228 f.
67 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 173 InsO, Rn. 33.
68 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 173 InsO, Rn. 34.
69 Siehe bereits oben Rn. 718.
70 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 172 InsO, Rn. 6 ff. Zurückhaltend *Häcker*, Rn. 178 ff., *Pobuda*, S. 156 ff., 163 ff.

Schuldnervermögen zu zahlen, ohne daß dieses schon Massequalität hätte. Läuft die Frist erst nach Eröffnung ab, beginnt die Zahlung unabhängig davon, ob schon der Berichtstermin durchgeführt ist oder nicht. Bei der entsprechenden Anwendung der Verzinsungsvorschriften nach Übernahme der zunächst gemäß § 173 Abs. 1 InsO beim Gläubiger liegenden Verwertungsbefugnis[71] fehlt freilich im Kleinverfahren der Berichtstermin als Anknüpfungszeitpunkt (§ 312 Abs. 1 Satz 2 InsO). Hier wird man Verzinsung wegen Untätigkeit des Verwalters ab Überleitung des Verwertungsrechts (nicht vor dem schriftlichen Bericht, der den Berichtstermin ersetzt) annehmen müssen. Ein ähnliches Fristberechnungsproblem wirft das berichtsterminlose Kleinverfahren, aber eventuell auch ein ganz oder teilweise schriftliches Regelverfahren (§ 5 Abs. 2 Satz 1 InsO) auf, wenn der Gläubiger schon vor Eröffnung an der Verwertung gehindert wurde (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 5 InsO). In der sinngemäßen Anwendung der Verzinsungsregelung tritt der Zeitpunkt der schriftlichen Berichterstattung an die Stelle des nicht stattfindenden Berichtstermins. Überdies wird der Anfang des Verzinsungszeitraums noch von der Überlegung korrigiert, wann der Gläubiger bei unbehinderter Selbstverwertung im Klein- oder im Regelverfahren frühestens den Erlös in der Hand gehabt hätte. Die Zinszahlungen enden nicht schon dann, wenn der Verwalter den Erlös erzielt hat.[72] Vielmehr muß der Absonderungsgläubiger den ihm zufallenden Erlösanteil auch tatsächlich empfangen haben.[73]

Die Höhe der Zinsen legen § 169 InsO, § 30e ZVG nicht eigens fest. Vielmehr verweisen die Regelungen darauf, was geschuldet sei. Das ergibt sich aus einer Zusammenschau der Sicherheit mit der gesicherten Forderung und ihrem bisherigen Schicksal. Dabei muß man beachten, daß Insolvenzforderungen mit Konkurseröffnung ihre Entwicklungsfähigkeit verlieren und insbesondere keine Verzugszinsen erstmals anfallen, sondern allenfalls eine schon vor Eröffnung begonnene Verzugsverzinsung fortwährt, und zwar grundsätzlich nur als nachrangige Insolvenzforderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO).[74] 1418

6. Feststellungs- und Verwertungskosten

Die Verwertung von Immobilien und Mobilien, an denen Befriedigungsrechte haften, verursacht ebenso Kosten wie die Verwertung von Gegenständen ohne Absonderungsrechte[75]. Diese Kosten sind wiederum Masseschulden gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, sofern nur der Verwalter sie als Verwertung Betreibender verursacht. Kosten, die der Absonderungsberechtigte bei seiner Verwertungshandlung verursacht, treffen ihn zunächst einmal selbst. Doch kann bei entsprechender Gestaltung der Sicherheit die Kostenlast aus dem Erlös zu decken sein. 1419

Das Gesetz versucht nun, die Kostenlast für die Masse auf ein stets gleiches, von der Person des Verwertenden unabhängiges Maß zu bringen. Umgekehrt gesagt, wird der **Absonderungsberechtigte** stets dadurch an den **Kosten beteiligt**, daß nur ein über die Kosten hinausgehender Erlös seiner Befriedigung zugute kommt. Der Absonderungsgläubiger steht insofern nicht anders da als die Insolvenzgläubiger. Diese erlangen Ausschüttung ebenfalls erst nach Kostendeckung (§§ 53, 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO).[76] 1420

71 Oben Rn. 1413.

72 So aber LG Stendal, Beschluß vom 14. Februar 2002 – 22 U 208/01, DZWIR 2002, 294 ff., mit kritischer Anmerkung *Becker*, DZWIR 2002, 300 ff.

73 BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 – IX ZR 81/02, DZWIR 2003, 332, 336 f., mit zustimmender Anmerkung *Becker*, DZWIR 2003, 337, 341 f.; *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 169 InsO, Rn. 31, und DZWIR 2002, 300, 302 f.

74 Siehe oben Rn. 1110.

75 Siehe oben Rn. 1340 f.

76 Siehe wegen Beugung der Absonderungsgläubiger unter die Verfahrensziele schon oben Rn. 1228 f., 1412 ff.

a) Immobilien

1421 aa) In der **Verwertung** von Immobilien nach **Zwangsvollstreckungsrecht** werden die Kosten aus dem Erlös vorweg gedeckt (§ 109 ZVG). Das gilt sowohl bei Gläubiger- als auch bei Verwalterverwertung. Es gilt auch dann, wenn der Verwalter das geringste Gebot nach § 174a ZVG abweichend festsetzen ließ.

1422 bb) Unter den nach Nr. 2210 ff. der Anlage zu § 3 Abs. 2 GKG abzurechnenden Kosten der Zwangsverwertung fehlen freilich diejenigen Kosten, welche der Insolvenzverwalter in der Masse auslöst, indem er die in den Haftungsverband fallenden Mobilien (§§ 20 Abs. 2, 21 ZVG) feststellt. Diese Kosten sollen jedoch, wenn schon nicht nach § 109 ZVG vorab dem Erlös zu entnehmen, gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG noch vor Befriedigung der Absonderungsgläubiger (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 ZVG) aus dem Erlös gedeckt werden. § 10 Abs. 1 Nr. 1a Halbsatz 2 ZVG pauschaliert sie. Eine Alternative konkreter Berechnung enthält § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG nicht. Sie würde gewöhnlich deutlich geringere Beträge ergeben. Absonderungsgut bestimmt zwar die Vergütung des Insolvenzverwalters mit (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV). Auch kann ein hoher Schwierigkeitsgrad bei der Befassung mit den Absonderungsrechten Zuschläge bedingen (§ 3 Abs. 1 Buchstabe a InsVV). Aber das trägt dem Verwalter nicht generell gerade für die Feststellung zusätzlich Vergütung ein. Auch Auslagenerstattung würde kaum ins Gewicht fallen. Und soweit der Verwalter zu der Feststellung Personal und die Räumlichkeiten des Schuldners in Anspruch nimmt, fallen keine Zusatzkosten an, wenn diese Ressourcen ohnehin vorgehalten werden und nicht ausnahmsweise gerade die Feststellung von Absonderungsrechten einen Abbau verhindert. Allenfalls Verbrauch von Büromaterial und Kommunikationskosten steigen mit der Feststellung.

1423 Die Feststellungskostenpauschale ist daher eher als ein genereller Solidarbeitrag der Absonderungsgläubiger anzusehen. Ohne § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG aber könnte es bei nur mäßigem Erlös vorkommen, daß ein Absonderungsgläubiger den (nach Kostendeckung gemäß § 109 ZVG verbleibenden) Erlös vollständig abschöpft. Die wenigen tatsächlichen internen Feststellungskosten müßten dann aus dem übrigen Schuldnervermögen, das heißt zu Lasten der Insolvenzgläubiger gedeckt werden.

1424 cc) Die Feststellungskosten gelangen nicht in das nach § 174a ZVG abweichend ermittelte geringste Gebot. Geschützt sind jedoch die mit dem höchsten Rang ausgestatteten, das heißt sich unmittelbar an die Kostendeckung gemäß § 109 ZVG anschließenden Verwaltungsaufwendungen eines Vollstreckungsgläubigers (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 ZVG). Das können auch Ausgaben des Insolvenzverwalters sein, die er aus der Masse tätigte oder aus eigenem Vermögen vorstreckte, nachdem er gemäß §§ 165 InsO, 172 ZVG die Zwangsverwaltung in Gang gesetzt hatte.

1425 dd) Bei **Immobilienverwertung** durch **Rechtsgeschäft** bleibt entweder das Absonderungsrecht erhalten. Dann bedarf es keiner Rangordnung zwischen Kosten und Befriedigung des Absonderungsgläubigers. Oder es kommt zu einer einvernehmlichen Ablösung, bei der auch die Kosten der Vertragsgestaltung zugänglich sind.

1426 ee) Bei Eigenverwaltung gibt es keinen Ausgleich der Feststellungskosten (§ 282 Abs. 1 Satz 2 InsO). Dies ist auf den ersten Blick einzusehen, weil kein Verwalter für Feststellungsaufgaben bezahlt werden muß. Wenn man allerdings bedenkt, daß auch bei Einsatz eines Verwalters die pauschal erhobenen Feststellungskosten kaum wirklich die Masse belasten und mehr einen Akt der Annäherung des Absonderungsgläubigers an den Insolvenzgläubiger darstellen, leuchtet die Unterscheidung nicht ganz ein. Sie läßt sich aber damit motivieren, daß die Verwaltervergütung zumeist den größten Teil der Masse verzehrt und den Hauptanlaß für die Überlegung gibt, daß alle Gläubiger für den Genuß ordnungsgemäßer Befriedigungsabläufe einen Beitrag aufzubringen bereit sei müssen.

b) Mobilien

1427 In der **Mobilienverwertung** erhält die Masse Kostenbeiträge nach §§ 170 f. InsO. Wiederum wird zwischen Feststellungs- und Verwertungskosten unterschieden.

aa) Ausgleich der Feststellungskosten erhält die Masse pauschaliert aus dem Erlös, ohne Alternative konkreter Berechnung, sofern der Verwalter oder der Gläubiger für ihn die Verwertung vornimmt (§§ 170 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Abs. 2, 171 Abs. 1 InsO). Wenn der Absonderungsgläubiger den Gegenstand wie ein Dritter übernimmt, bestimmt der Vertrag zwischen Verwalter und Absonderungsgläubiger, was mit den Feststellungskosten zu geschehen hat. Eine Orientierung an der gesetzlichen Regelung liegt nahe. 1428

Verwertet der **Absonderungsgläubiger** kraft eigener Befugnis, braucht er keinen Feststellungskostenbeitrag abzuführen. Das steht zum Anliegen, die Absonderungsgläubiger wie die Insolvenzgläubiger an den Verfahrenskosten zu beteiligen, in einem gewissen Widerspruch. Die bei Schaffung der Insolvenzordnung herrschende Überlegung, bei den dem Absonderungsgläubiger zur Verwertung zugewiesenen Objekten bestehe größere Klarheit und mache deshalb die Feststellung weniger Mühe,[77] entspricht nicht der Realität. Angesichts der klaren Trennungslinie des Gesetzes verbietet sich aber die Annahme einer Beitragspflicht des verwertungsbefugten Gläubigers. Der scharfe Gegensatz zwischen Verwalter- und Gläubigerverwertung verleiht insbesondere der Frage zusätzliche Brisanz, ob nicht der Sicherungszessionar mit Offenlegung der Abtretung gegenüber dem Drittschuldner dem Verwalter die Verwertungsbefugnis nach § 166 Abs. 2 InsO entziehe. 1429

bb) Für die Kosten der **Verwalterverwertung** ist neben einer Pauschale die konkrete Abrechnung vorgesehen (§§ 170 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 171 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO). Die Verwertungskosten werden zugunsten der Masse vorab aus der Masse gedeckt (§ 170 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO). Das betrifft sowohl die ursprüngliche als auch die gemäß § 173 Abs. 2 InsO (ggfs. mit § 313 Abs. 3 Satz 3 InsO) durch Überleitung entstandene Verwertungsmacht des Verwalters. Verwertet der Verwalter, indem er den Gegenstand endgültig dem Absonderungsgläubiger wie einem fremden Erwerber überläßt, regeln Verwalter und Gläubiger die Kostendeckung in ihren Absprachen zur Verrechnung der Übernahme auf das Befriedigungsrecht. 1430

Verwertet hingegen der **Absonderungsgläubiger** aus eigener oder vom Verwalter abgeleiteter (vgl. § 170 Abs. 2 InsO) Befugnis, treffen ihn die Verwertungskosten von vornherein. Es bedarf dann keiner Entlastung der Masse. Allenfalls erlaubt die Gestaltung der Sicherheit oder die Absprache mit dem ihm die Verwertung auftragenden Verwalter Deckung aus dem Verwertungserlös. Im Ergebnis wirkt eine solche Deckung aus dem Erlös wie Vorabentnahme eines Verwertungskostenbeitrags nach § 170 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 InsO. Einen Verwertungskostenbeitrag empfängt die Masse auch nicht dann, wenn der Gläubiger unbefugt handelte und eigentlich der Verwalter hätte verwerten müssen und vielleicht sogar wirklich Verwertungsanstrengungen unternahm. Der Ausgleich ist zwar als Pauschale vorgesehen, findet aber nur statt, wenn der Verwalter wirklich Verwertungshandlungen vollführt.[78] 1431

cc) Soweit Verwalterverwertung oder Verwertung durch den Gläubiger an Stelle des Verwalters die Masse mit **Umsatzsteuer** belastet, soll die Masse gemäß §§ 170 Abs. 2, 171 Abs. 2 Satz 3 InsO aus dem Erlös Erstattung erlangen. Diesen Umsatzsteuerausgleich schuldet der Gläubiger nicht bezugslos, sondern nur in der Höhe, wie die Masse wirklich nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, 13a Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UStG mit einer Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO belastet ist. Dazu muß das Schuldnervermögen ein unternehmerisches sein (§ 2 UStG). Des weite- 1432

77 Siehe Begründung zum Regierungsentwurf, *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 400.
78 BGH, Urteil vom 20. November 2003 – IX ZR 259/02, ZInsO 2003, 1137, 1138.

ren muß die in dem Verwertungsakt liegende Leistung der Masse ihrer Art nach umsatzsteuerpflichtig gemäß § 3 UStG sein – insbesondere als Lieferung nach § 3 Abs. 1 UStG, Abschnitt 24 Abs. 1 und 2 UStR. Dabei handelt es sich entweder um eine Leistung der Masse unmittelbar an den Abnehmer (bei Verwertung durch den Verwalter) oder (bei Einschaltung des Absonderungsberechtigten) um eine Leistung der Masse an den Absonderungsberechtigten, der im zweiten Schritt an den Abnehmer leistet (sogenannter Doppelumsatz gemäß Abschnitt 2 Abs. 1 UStR).[79]

1433 Der in die Masse zu zahlende Ausgleich ist im Grundsatz eine Ergänzung des Verwertungskostenbeitrages (§ 171 Abs. 2 Satz 2 InsO). Er kann aber auch isoliert anfallen, und zwar dort, wo der Absonderungsgläubiger keine Verwertungskosten, sondern nur Feststellungskosten auszugleichen hat, nachdem der Verwalter ihm die Verwertung auftrug (§ 170 Abs. 2 InsO). Aus den zahlreichen Befreiungstatbeständen (§ 4 UStG) ist der Verkauf von Forderungen (§ 4 Nr. 8 Buchstabe c Fall 1 UStG) hervorzuheben. Die Ausgleichszahlung aus dem Erlös entfällt nicht etwa deswegen, weil die Masse die von ihr geschuldete Umsatzsteuer um Vorsteuer kürzen kann, das heißt gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG diejenigen Beträge von ihrer Umsatzsteuerschuld abziehen darf, welche der Schuldner oder der ihn repräsentierende Verwalter als Leistungsempfänger in den Rechnungen anderer Unternehmer als Umsatzsteuer ausgewiesen vorfand. Denn das in der entrichteten Vorsteuer enthaltene Steuerguthaben soll sich nicht mit der Verwertung aufzehren, sondern den Insolvenzgläubigen erhalten bleiben.

1434 Verwertet der Verwalter, indem er mit dem Absonderungsgläubiger die endgültige Übernahme des Gegenstandes vereinbart, so kann er bereits durch Vertragsgestaltung dafür sorgen, daß der Absonderungsgläubiger die Masse von etwaiger Umsatzsteuer entlastet.

1435 Wo hingegen der Gläubiger aus eigener Befugnis verwertet, schuldet er der Masse keinen Umsatzsteuerausgleich, obgleich seiner Leistung an den Abnehmer eine Leistung der Masse an ihn vorgeschaltet ist, die Umsatzsteuer auslösen kann. Es kann allerdings sein, daß er selbst als Unternehmer (§ 2 UStG) wegen seiner Leistung an den Abnehmer umsatzsteuerpflichtig ist (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, 13a Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UStG). Dazu braucht das Schuldnervermögen nicht einmal ein unternehmerisches zu sein.

1436 Von der Umsatzsteuer auf die im Verwertungsgeschäft dem Abnehmer oder (im ersten Schritt eines Doppelumsatzes) dem Absonderungsgläubiger erbrachte Leistung ist die Umsatzsteuer zu unterscheiden, welche bei Begleitgeschäften zur Anbahnung und zur Abwicklung des Verwertungsgeschäfts anfällt. Sie ist in dem abzurechnenden Verwertungskostenbeitrag immer schon enthalten. Ließ der Verwalter beispielsweise Kleinanzeigen in der Tageszeitung einrücken, so ist der vom Zeitungsverlag in der Werklohnrechnung geforderte Umsatzsteueraufschlag Teil der pauschalen oder konkreten Beitragsberechnung nach § 171 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 InsO. Dasselbe gilt für Umsatzsteuer, die ein Frachtführer dem Verwalter in Rechnung stellt, der für die Masse als Versender der abgesondert verwerteten Sache auftritt. Diese Rechnungsbeträge sind nicht erst Teil der zusätzlichen Ausgleichsleistung gemäß § 171 Abs. 2 Satz 3 oder § 170 Abs. 2 am Ende InsO.

1437 Ebenfalls von Umsatzsteuer auf die Leistung an Abnehmer oder Absonderungsgläubiger ist Umsatzsteuer zu unterscheiden, die der Verwalter persönlich schuldet, weil er als Unternehmer Verwaltungs- und Verwertungshandlungen erbringt. Empfänger dieser Leistungen ist die Masse. Bemessungsgrundlage für die den Verwalter treffende Umsatzsteuerschuld ist seine Vergütung. Der Verwalter empfängt Ausgleich für seine Umsatzsteuerlast zusätzlich zu Vergütung und Auslagenerstattung (§ 7 InsVV). Nicht beizupflichten ist der Auffassung, daß der Verwalter seine Tätigkeit auch gegenüber den Absonderungsgläubigern erbringe und deswegen Umsatzsteuer anfalle, bemessen nach dem Verwertungskostenbeitrag (§§ 170 Abs. 1 Satz 1 Fall 2,

79 Näher *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 170 InsO, Rn. 12, 24 ff.; § 171 InsO, Rn. 24 ff.; auch wegen eventueller unmittelbarer Belastung des Gläubigers statt der Masse mit der Umsatzsteuerpflicht (§ 13b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 Fall 1 UStG).

171 Abs. 2 InsO) und geschuldet vom Insolvenzverwalter persönlich oder aus der von ihm repräsentierten Masse[80].

dd) Eigenverwaltung kennt keinen Beitrag zu den Feststellungskosten (§ 282 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das ist nicht ganz einsichtig, nachdem die Feststellungskostenpauschale einen Solidarbeitrag darstellt. Die Unterscheidung erklärt sich daraus, daß Vergütungen und Auslagen für Insolvenzverwalter den Löwenanteil an den Verfahrenskosten ausmachen und sich an ihnen die Frage nach Verteilung der Kostenlast insgesamt – unabhängig von der Zuordnung einzelner Kostenpunkte – entzündet.[81] Beim Eigenverwalter gibt es mangels Vergütung oder Auslagenersatzes kein Verteilungsbedürfnis. 1438

c) Bemessung von Sicherheit

Die Kostenbeiträge samt Umsatzsteuerausgleich schränken die Befriedigungsaussicht eines Sicherungsnehmers ein. Sie sind bei der Bemessung der Kreditsicherheit zu berücksichtigen. Insbesondere fließen sie in Grenzwerte für das Verhältnis des Sicherheitenbestandes zum Bestand der gesicherten Forderungen ein, bei deren Überschreitung der Sicherungsgeber anteilige Freigabe fordern kann oder das Sicherungsgeschäft sogar nichtig sein kann[82]. Für den Kreditsuchenden bedeutet das, daß der Kredit ein wenig beschwerlicher zu erlangen ist. 1439

80 So aber FG Brandenburg, Urteil vom 16. März 2004 – 1 K 2949/02, DZWIR 2004, 414 f., mit ablehnender Anmerkung *Joneleit*, DZWIR 2004, 415 f.

81 Siehe oben Rn. 1426.

82 Zur Annahme einer Deckungsgrenze für revolvierende Globalsicherungen von 110 % der gesicherten Forderungen, berechnet aus dem realisierbaren Wert nach Abzug etwaiger Umsatzsteuerschuld oder eines Umsatzsteuerausgleichs, und zu Freigabepflicht des Sicherungsnehmers wegen nachträglicher oder Sittenwidrigkeit des Sicherungsgeschäfts wegen anfänglicher Übersicherung BGH, Beschluß vom 27. November 1997 – GSZ 1 und 2/97, NJW 1998, 671 ff.

§ 31 Erlösauskehr

Literatur: *Eckardt*, Die Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts, in: Kölner Schrift, S. 743 ff.; *Gundlach/Frenzel/Jahn*, Die Absonderungsfähigkeit von Zinsforderungen, die nach Insolvenzeröffnung entstehen – zugleich ein Beitrag zu § 169 InsO, ZInsO 2009, 467 ff.; *P. Mohrbutter*, Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, 1998; *Siegmann*, Der Tod des Schuldners im Insolvenzverfahren, ZEV 2000, 345 ff.

I. Quellen des auszukehrenden Erlöses

1440 Jeder Erlös steht zur Verteilung zur Verfügung. Nicht nur aus Verwertung (§§ 159, 165 ff., 313 Abs. 3 InsO) gewonnene Mittel werden ausgeschüttet. Vielmehr dienen auch Gelder, die der Verwalter oder schon der vorläufige Verwalter bei der Bewirtschaftung des Schuldnervermögens (§§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO; § 22 Abs. 1 InsO) ansammeln konnte, der Gläubigerbefriedigung. Im Kleinverfahren kann an die Stelle von Verwertungserlös teilweise oder ganz eine Pauschaleinzahlung des Schuldner gegen Freigabe getreten sein (§ 314 Abs. 1 InsO).

II. Befriedigungsrangfolge

1441 1. An die Insolvenzgläubiger als die Adressaten des Verfahrens (§ 1 Satz 1 InsO) wird nicht erst dann ausgeschüttet (§§ 187 ff. InsO), wenn die Liquidation vollkommen abgeschlossen ist. Vielmehr sieht das Gesetz **schrittweise Erlösauskehr** vor (§ 187 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Insolvenzgläubiger sollen möglichst schnell, sobald in nennenswertem Umfang verteilbare Erlöse angefallen sind, befriedigt werden. Verteilungen vor Abschluß der Liquidation sind Abschlagsverteilungen (vgl. § 187 Abs. 2 Satz 2 InsO). Die letzte Verteilung nach Abschluß der Verwertung ist die Schlußverteilung (§ 196 Abs. 1 InsO). Wenn Abschläge nicht sinnvoll sind, hat es mit der Schlußverteilung sein Bewenden.

1442 2. Jede Verteilung, nicht nur die Schlußverteilung, beachtet die Befriedigungsreihenfolge, welche sich aus der Gliederung der Gläubigerschaft ergibt. Das heißt jedoch nicht, daß sämtliche vorrangigen Befriedigungen erledigt sein müßten, bevor die Insolvenzgläubiger eine erste Abschlagsverteilung genießen. Es genügt, wenn der für die Verteilung zuständige Verwalter (§ 187 Abs. 3 Satz 1 InsO) darauf achtet, daß nach der Abschlagsverteilung genügend Mittel für die Bedienung der vorgehenden Gläubiger übrig bleiben oder aus weiterer Bewirtschaftung und aus weiteren Verwertungen zu erwarten sind.

1443 a) Die erste Stelle nehmen die Absonderungsberechtigten (§§ 49 ff. InsO) ein, sofern ihr Befriedungsrecht bei der Verwertung aufgelöst wird und nicht über die Verwertung hinaus bestehen bleibt. Ihre Bedienung geschieht sogleich aus dem Erlös, den die Verwertung des Absonderungsgutes erzielt. Soweit die Sicherheit auch für Zinsen und Kosten eingerichtet ist, werden diese Positionen ebenfalls abgesondert gedeckt.[1] Das gilt sowohl dann, wenn der Absonderungsberechtigte selbst verwertet, als auch bei Verwertung durch den Verwalter (§§ 10 Abs. 1, 109 Abs. 2, 117 Abs. 1, 118

1 BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 – IX ZR 132/07, ZInsO 2008, 915, 916 f. Kritisch dazu *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 467 ff.

Abs. 1, 172 ZVG; § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO)[2]. Nur der Rest stärkt die vom Verwalter gesammelten Mittel für die Bedienung der Masse- und der Insolvenzgläubiger. Freilich muß sich der Absonderungsgläubiger Vorwegabzüge zugunsten der Masse gefallen lassen, insoweit also mit seinem Befriedigungsrecht hinter die Kostendeckung zurücktreten (§§ 10 Abs. 1 Nr. 1a, 109 Abs. 1 ZVG; §§ 170 f. InsO).[3] Im übrigen bezieht sich der Vorrang des Absonderungsgläubigers nur auf den Erlös aus der Verwertung des verhafteten Gegenstandes. An dem sonstigen Erlös, den das Verfahren erbringt, partizipiert der Absonderungsgläubiger als solcher nicht. Allenfalls nimmt er, wenn dem Befriedigungsrecht eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner zugrundeliegt, in seiner gleichzeitigen Rolle als Insolvenzgläubiger teil (§ 52 Satz 1 InsO). Dabei muß er sich jedoch die Befriedigung aus dem Absonderungsrecht anrechnen lassen (§ 52 Satz 2 InsO).

Die Anrechnung nach § 52 Satz 2 InsO bewirkt, daß der ungesicherte Forderungsteil verhältnismäßig denselben Verlust erleiden wird wie jede insgesamt ungesicherte Insolvenzforderung. Der gesicherte Insolvenzgläubiger kann also nicht zuerst die Konkursquote auf seine Insolvenzforderung einstreichen, um dann den Ausfall aus der Sicherheit zu decken, soweit diese trägt. Vielmehr verzehrt der schon erzielte oder noch zu erwartende kostenbereinigte Absonderungserlös die zur Teilnahme an der allgemeinen Ausschüttung (§§ 187 ff. InsO) angemeldete Insolvenzforderung zum Nominalbetrag. **1444**

Wenn sich eine vor Konkurseröffnung vom Schuldner begründete Forderung in eine Masseforderung verwandelte (§ 55 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 InsO), so entzieht sich das weiterhin bestehende Absonderungsrecht der Anrechnung gemäß § 52 Satz 2 InsO. Wandelte sich allerdings nur ein Teil der Schuld in eine Masseverbindlichkeit um, so gilt § 52 InsO für den Rest, der Insolvenzforderung bleibt. Das ist vor allem bei der zeitlichen Aufspaltung schwebender Geschäfte (§§ 105 Satz 1, 108 Abs. 3 InsO) ein Problem. Der Verwalter muß nach besten Kräften den Gläubiger wegen des zur Masseverbindlichkeit gewordenen Anspruchs aus der Masse ohne Einsatz der Sicherheit bedienen. Damit erhöht sich die Befriedigungschance für den im Status der Insolvenzforderung verharrenden Teil des Anspruchs[4]. Nur wenn die übrige Masse zu schwach ist, darf der Verwalter die Sicherheit zur Deckung des Masseanteils (dieser liegt nach wie vor innerhalb des Sicherungszwecks) einsetzen. Das Absonderungsrecht soll so weit wie möglich dem Insolvenzforderung gebliebenen Teil der Ansprüche zugute kommen, so daß der für die allgemeine Befriedigung (§§ 187 ff. InsO) anstehende Ausfall (§ 52 Satz 2 Fall 2 InsO) möglichst gering ist. Diese im Gesetz nicht ausdrücklich erklärte Lösung ergibt sich aus dem Sinn der Umwandlung alter Ansprüche in Masseschulden: Der Gläubiger soll den übrigen Insolvenzgläubigern vorgezogen werden, weil er selbst weiter in der Pflicht bleibt. Diesen Vorzug braucht er nicht aus eigenen Mitteln abzudecken, sondern die Masse soll ihm das Insolvenzrisiko abnehmen. Deswegen ist die Sicherheit zu schonen. **1445**

b) Die nach Bedienung der Absonderungsberechtigten verbleibenden Mittel, gespeist aus der Verwertung von Absonderungsgut und aus der Verwertung von Gegenständen, welche nicht mit Absonderungsrechten behaftet waren, decken als nächstes die Masseverbindlichkeiten (§ 53 InsO). Massegläubiger müssen allerdings bei einer Verteilung an die Insolvenzgläubiger zurücktreten, wenn der Verwalter erst spät von ihnen erfährt. Sie genießen dann Befriedigung erst aus restlichen Mitteln (§ 206 InsO). Die Regelung hilft, die Verteilung flüssig zu gestalten. Eine anstehende Verteilung kann nicht noch in letzter Sekunde blockiert und damit die ihr zugrundeliegende mühselige Kalkulation zunichte gemacht werden. Wurde eine Masseforderung fälschlich als Insolvenzforderung zur Tabelle festgestellt, hindert dies den Gläubiger nicht, **1446**

2 Vorausgesetzt ist dabei, daß das Absonderungsrecht schon verwertungsreif ist. Dazu oben Rdn. 1231 ff.

3 Oben Rn. 1419 ff.

4 Oben Rn. 1246.

seine Forderung als Masseforderung zu erheben. Die Rechtskraftfiktion des § 178 Abs. 3 InsO steht nicht entgegen.[5] Sie soll nur die minimale Position als Insolvenzgläubiger sichern und hat nicht den Zweck, eine bessere Position zu zerstören.

1447 c) Erst nach Absonderungs- und Massegläubigern kommen die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) zum Zuge. Sie sind die Empfänger der Verteilungen nach §§ 187 ff. InsO. Unter ihnen können sich Absonderungsgläubiger befinden, soweit sie wegen Verzichts oder wegen Unzulänglichkeit des Erlöses aus dem Absonderungsgut unbefriedigt bleiben (§ 52 InsO).

1448 Welchen **Rang** die **Insolvenzforderung** hat, ist im Grundsatz gleichgültig. Es gibt nicht verschiedene Verteilungen je nach Rang, sondern nur einheitliche Verteilungen an sämtliche Insolvenzgläubiger. Innerhalb der einzelnen Verteilungen ist dann freilich die Rangfolge zu berücksichtigen. Nachrangige Forderungen (§§ 39, 264–266, 327, 332 Abs. 1 InsO; auch gemäß einer Rangrücktrittsvereinbarung[6]) kommen erst zum Zuge, wenn die gewöhnlichen Insolvenzforderungen gedeckt sind. An Abschlagsverteilungen nehmen ihre Inhaber daher normalerweise nicht teil (§ 187 Abs. 2 Satz 2 InsO). Nachrangige Insolvenzforderungen sind regelmäßig nicht einmal durch die Prüfung (§§ 176 ff. InsO) gegangen, weil das Insolvenzgericht ihre Inhaber nur ausnahmsweise zur Anmeldung (§ 174 Abs. 1 InsO) auffordert (§ 174 Abs. 3 Satz 1 InsO). Der erfolgreiche Abschluß der Prüfung aber eröffnet erst den Zugang zur Verteilung – was das Gesetz bei der Regelung der Berücksichtigungsfähigkeit in §§ 187 Abs. 1, 188 Satz 1, 189 InsO nicht leicht erkennen läßt.

1449 Kaum je reicht der Erlös, um alle nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger vollständig zu befriedigen. Sie erhalten dann nur Zahlung auf einen für alle gleichen (§ 1 Satz 1 InsO) Bruchteil ihrer Forderungen, die sogenannte **Konkursquote**. Das Gleichmaß der Gläubigerbefriedigung wirkt sich bereits bei jeder einzelnen Abschlagsverteilung aus. Zu ihr wird in jedem Falle ein für alle geltender Bruchteil festgesetzt (§ 195 Abs. 1 InsO), selbst wenn die höchst seltene Aussicht bestehen sollte, im Laufe der Zeit vollständige Deckung zu erreichen.

1450 Sollten tatsächlich einmal die nicht nachrangigen Forderungen erfüllbar und darüber hinaus noch Erlös übrig sein, kommen auch die nachrangigen Insolvenzgläubiger in den Genuß der Erlösauskehr. Untereinander stehen sie wiederum in einer Rangordnung mit Quotenbildung auf der letzterreichbaren Stufe (§§ 39, 264–266, 327, 332 Abs. 1 InsO). Einigen unter ihnen sind außerdem Erlöse aus bestimmten Gegenständen vorenthalten (§§ 328, 332 Abs. 1 InsO). Gegebenenfalls sind vor Ausschüttung an nachrangige Insolvenzgläubiger noch Anmeldung und Prüfung ihrer Forderungen nachzuholen.

III. Ablauf der Bedienung von Insolvenzforderungen

1. Erledigung der Forderungsprüfung

1451 Jegliche Erlösauskehr an die Insolvenzgläubiger, und sei es auch nur eine Abschlagsverteilung, findet erst nach dem allgemeinen Prüfungstermin (§ 176 InsO) statt (§ 187 Abs. 1 InsO). Denn erst nach diesem Termin zeichnen sich die zu bedienenden Insolvenzforderungen einigermaßen sicher ab. Wo generell nur schriftlich geprüft wird

5 OLG Köln, Urteil vom 5. November 2008 – 2 U 16/08, ZInsO 2009, 390, 391.
6 Siehe oben Rn. 428.

(§ 5 Abs. 2 Satz 1 InsO), beginnt die Verteilung nicht vor Erledigung dieser schriftlichen Prüfung. Die gesonderte Prüfung verspäteter Anmeldungen (§ 177 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 InsO) hingegen muß nicht schon abgeschlossen sein.

Das Gesetz spricht etwas undeutlich von den zu berücksichtigenden Forderungen (§§ 188 ff. InsO). Hierunter fallen sowohl solche, die auf jeden Fall zu bedienen sind, als auch einige unsichere. Den Inhabern unsicherer Forderungen wird Zahlung nur zugedacht. Sie empfangen sie aber einstweilen noch nicht wirklich, sondern die Beträge werden zurückgehalten (§§ 189 Abs. 2, 190 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2, 191 Abs. 1 Satz 2 InsO). 1452

2. Zustimmung von Gläubigerausschuß oder Gericht

Abschlagsverteilungen und auch die **Schlußverteilung** (§ 196 Abs. 1 InsO) bedürfen der Zustimmung des Gläubigerausschusses, falls ein solcher gemäß § 68 Abs. 1 InsO existiert (§ 187 Abs. 3 Satz 2 InsO). Gibt es keinen Gläubigerausschuß, befindet der Verwalter über die Vornahme einer Abschlagsverteilung. Die Schlußverteilung benötigt die Zustimmung des Insolvenzgerichts (§ 196 Abs. 2 InsO) und ist der Gläubigerversammlung im Schlußtermin (§ 197 Abs. 1 Satz 1 InsO) zur Sammlung von Einwendungen zu unterbreiten (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO). Alle Verteilungen führt der Verwalter aus (§ 187 Abs. 3 Satz 1 InsO). Im Kleinverfahren ist der Treuhänder zuständig (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO), bei Eigenverwaltung der Schuldner (§ 283 Abs. 2 Satz 1 InsO). 1453

3. Verteilungsverzeichnis

Zu jeder Verteilung erstellt der Verwalter ein Verzeichnis (§ 188 Satz 1 InsO). Das Verteilungsverzeichnis für die Schlußverteilung (§ 196 Abs. 1 InsO) ist das auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens noch bedeutsame (siehe z.B. §§ 205 Satz 1, 292 Abs. 1 Satz 2 InsO) Schlußverzeichnis (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO). Dem Verteilungsverzeichnis gemäß wird die Ausschüttung stattfinden. In der Eigenverwaltung prüft der Sachverwalter das vom Schuldner erstellte Verteilungsverzeichnis (§ 283 Abs. 2 Satz 2 InsO). Das Verzeichnis wird, wie schon andere Verzeichnisse (§ 154 InsO) und die Tabelle (§ 175 Abs. 1 Satz 2 InsO), bei Gericht niedergelegt (§ 188 Satz 2 InsO). Seine Hauptdaten macht das Insolvenzgericht bekannt (§ 188 Satz 3 InsO). Die **Publizität** des Verteilungsverzeichnisses ermöglicht Insolvenzgläubigern eine Reaktion. Handelt es sich um eine Abschlagsverteilung, können sie beim Insolvenzgericht Einwendungen anbringen (§ 194 Abs. 1 InsO). Wegen der höchsten Bedeutung des Verteilungsverzeichnisses sieht das Gesetz hier ausnahmsweise einen Rechtsbehelf gegen eine Verwaltermaßnahme vor (und gegen die gerichtliche Entscheidung Beschwerde gemäß § 194 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 InsO). Geht es gar um die Schlußverteilung, kann die zum Schlußtermin (§ 197 Abs. 1 Satz 1 InsO) zusammentretende Gläubigerversammlung für Einwendungen (aus dem Kreise der Insolvenzgläubiger[7]) genutzt werden (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO). Auch jetzt entscheidet aber das Insolvenzgericht (§ 197 Abs. 3 InsO). 1454

7 *Kießner*, in: *Braun*, § 197 InsO, Rn. 14.

4. Berücksichtigung im Verteilungsverzeichnis

1455 a) Im Sinne von § 188 Satz 1 InsO bei Erstellung des Verteilungsverzeichnisses berücksichtigungsfähig sind in Abschlagsverteilung und Schlußverteilung (§ 196 Abs. 1 InsO) alle festgestellten Forderungen (§ 178 Abs. 1 InsO). Der Widerstand des Schuldner konnte die Feststellung nicht verhindern (§ 178 Abs. 1 Satz 2 InsO), falls nicht der Schuldner zum Zeitpunkt seines Widerspruchs zugleich Verwalter war (§ 283 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO). Die einmal getroffene Feststellung zwingt zur Aufnahme der Forderung ins Verteilungsverzeichnis.[8] Das Verteilungsverzeichnis ist also identisch mit der Tabelle.[9] Da an die Tabelle eine Rechtskraftfiktion anknüpft (§ 178 Abs. 3 InsO), lassen sich nachträgliche Änderungen nur mit einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) durchsetzen.[10]

1456 b) **Nicht festgestellte Forderungen** sind grundsätzlich nicht berücksichtigungsfähig. Wenn sich jedoch eine Klärung anbahnt, berücksichtigt das Verzeichnis den Forderungsinhaber für den Fall nachträglicher Feststellung (§ 179 Abs. 1 InsO) mit einem Rückbehalt (§ 189 Abs. 2 InsO). Rückbehalte können sogar die Schlußverteilung überdauern und werden dann hinterlegt (§ 198 InsO). Am Hinterlegungsbetrag wird trotz Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 Abs. 1 InsO) der Konkursbeschlag fortbestehen[11]. Stellt sich später heraus, daß die Beträge nicht dem Rückbehaltungszweck entsprechend benötigt werden, stehen sie einer Nachtragsverteilung zur Verfügung (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

1457 Allerdings steht der Gläubiger unter Zeitdruck. Er muß kurzfristig nachweisen, daß er sich um Klärung bemüht (§ 189 Abs. 1 InsO). Tut er dies nicht, nimmt der Verwalter seine Forderung für diesmal außer Betracht (§ 189 Abs. 3 InsO). Der Gläubiger kann dann erst von späteren Verteilungen profitieren. Freilich muß es später überhaupt noch etwas zu verteilen geben. Das in der früheren Verteilung wegen Nichtberücksichtigung Aufgesparte ist der Grundstock für eine weitere Ausschüttung. Der unberücksichtigt Gebliebene setzt demnach seine Hoffnung darauf, daß nicht die Masseschulden unvorhergesehen ansteigen. In den späteren Verteilungen kann der unberücksichtigt Gebliebene sogar die bislang versäumten Bruchteile aufholen (§ 192 InsO). Die Frist für den Nachweis seiner Klärungsbemühungen ist nach allem zwar Ausschlußfrist (§ 189 Abs. 1 InsO), aber nicht mit der Folge vollständigen Verlusts der Befriedigungsaussicht, sondern nur des Verlusts für die eine anstehende Verteilung.

1458 c) Ist die bestrittene – und deswegen nicht festgestellte – Forderung tituliert, berücksichtigt das Verzeichnis sie sogar zur sofortigen Auszahlung. Diese nicht unwichtige Regelung kann man im Umkehrschluß § 189 Abs. 1 InsO entnehmen. Der zur Verfolgung seines Widerspruchs Berufene (§ 179 Abs. 2 InsO) muß also rasch handeln, wenn er die für den Forderungsinhaber vorgesehenen Beträge der Masse bewahren und nicht auf nachträgliche Rückforderungen wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB) setzen möchte.

8 Siehe oben Rn. 947.

9 BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 – IX ZR 156/07, NZI 2009, 167, 168.

10 BGH, wie zuvor.

11 *Kießner*, in: *Braun*, § 198 InsO, Rn. 4.

d) Für Insolvenzgläubiger, die sich abgesonderte Befriedigung aus selbst durchzuführender Verwertung[12] gemäß § 52 InsO anrechnen lassen müssen, gilt ähnliches wie für die Inhaber bestrittener Forderungen. Sie müssen ihre feststehende oder voraussichtliche Unterdeckung kurzfristig melden, können aber noch nachrücken (§§ 190 Abs. 1, Abs. 2, 192 InsO).[13] Ist allein der Verwalter für die Verwertung zuständig, hat er es in der Hand, durch zügige Verwertung Klarheit über den Ausfall des Absonderungsgläubigers zu schaffen. Er benötigt dann keinen Nachweis seitens des Absonderungsgläubigers (§ 190 Abs. 3 Satz 1 InsO). Verwertet er erst nach Aufstellen des Verteilungsverzeichnisses, schätzt er den voraussichtlichen Ausfall und hält einen entsprechenden Betrag zurück (§ 190 Abs. 3 Satz 2 InsO). Spätestens für die Schlußverteilung muß die Verwertung erledigt sein (§ 196 Abs. 1 InsO). Bei gleichzeitiger Verwertungszuständigkeit von Verwalter und Absonderungsgläubiger (so bei Immobilien) bleibt es am Gläubiger, gemäß §§ 190 Abs. 1 und Abs. 2 InsO zu handeln. 1459

e) Sogar eine festgestellte Forderung ist unsicher, wenn eine aufschiebende Bedingung (falls das ganze Rechtsgeschäft bedingt ist: § 158 Abs. 1 BGB) noch nicht eintrat. Die Forderung wird dann bis auf weiteres zwar in voller Höhe, aber nur mit einem Rückbehalt berücksichtigt (§ 191 Abs. 1 InsO). Der Verwalter nimmt sie außer Betracht, wenn die Bedingung endgültig ausfällt. Hat der Bedingungseintritt noch eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, bleibt die Forderung aber in Abschlagsverteilungen berücksichtigt. Erst für die Schlußverteilung, kommt es auf den Grad der Wahrscheinlichkeit an (§ 191 Abs. 2 InsO). Nun ist trotz der Schwebesituation eine endgültige Entscheidung zu treffen, damit das Verfahren zum Ende kommen kann. 1460

Auflösende Bedingungen übergeht das Verzeichnis (§ 42 InsO), solange sie nicht eintreten. Eintritt der auflösenden Bedingung bedeutet für die Zukunft Nichtberücksichtigung und für schon ausgeschüttete Beträge Rückforderung nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB. 1461

f) Wenn sich nach §§ 189 bis 192 InsO Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung unsicherer Forderungen ergibt, ist das oft eine Aktualisierung des längst erstellten Verteilungsverzeichnisses. Beim Aufstellen des Verzeichnisses hatte der Verwalter die Klarheit nicht notwendig bereits. Eine aufschiebende Bedingung kann nach Aufstellen immer noch in der Schwebe sein. Erst die Publikation des ersten Verzeichnisses setzte die Ausschlußfristen zur Klärung gemäß §§ 189 f. InsO in Gang. Trotz Fristversäumnis kann der Gläubiger noch bei einer späteren Verteilung nachrücken (§ 192 InsO), obgleich auch hierfür das Verzeichnis bereits erstellt ist. Jedes Verteilungsverzeichnis hat also einen vorläufigen Charakter. Der Verwalter nimmt darin entsprechend der weiteren Entwicklung unsicherer Forderungen noch Änderungen vor (§ 193 InsO). 1462

g) Verzögert der Verwalter die verzeichnisgemäße Auszahlung, kann der berücksichtigte Insolvenzgläubiger mit Mahnung gemäß § 286 Abs. 1 BGB Schuldnerverzug auslösen. Gemahnt werden kann, sobald die Frist für Einwendungen gegen das Verzeichnis (§ 194 Abs. 1 InsO) beziehungsweise der Schlußtermin (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO) ungenutzt verstrichen ist. Die daraufhin anfallenden Verzugszinsen (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB) sind Masseschulden. Notfalls setzt der Insolvenzgläubiger seinen Auszahlungsanspruch im Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) oder mit einer Zahlungsklage (§ 253 ZPO) gegen den Verwalter durch. Dem steht nicht die Exklusivität der Gesamtvollstreckung (§ 87 Abs. 1 InsO) entgegen, denn es geht nun gerade um deren Vollzug. 1463

12 Unter anderem trifft das wegen § 313 Abs. 3 Satz 1 InsO die Verbraucherinsolvenzverfahren

13 Siehe oben Rn. 1263.

5. Schlußverteilung

1464 a) Während die Vornahme von Abschlagsverteilungen im pflichtgemäßen Ermessen des Verwalters liegt, ist die in einer letzten Gläubigerversammlung zu behandelnde (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO) Schlußverteilung unverzichtbar. Sie findet statt, wenn alles Vermögen verwertet ist. Sie geschieht auch dann, wenn nur ganz geringe Erlöse zu erzielen waren. Ist eine **natürliche Person Gemeinschuldner**, bereitet die Wahl des Zeitpunktes allerdings ein Problem: Die natürliche Person hat eine wirtschaftliche Existenz außerhalb des Insolvenzverfahrens. Dort erwirbt sie selbst neues Vermögen. Diesen Neuerwerb zieht § 35 Abs. 1 InsO zur Masse, wo er sich mit dem Erwerb vereint, den der Verwalter in Bewirtschaftung und Verwertung schafft. Die Verwertung könnte, solange der Schuldner lebt, zu keinem Ende kommen. Deshalb gestattet § 196 Abs. 1 InsO die Schlußverteilung schon dann, wenn nur noch laufendes Einkommen verwertbar ist. Laufendes Einkommen sind Arbeitseinkünfte. Nicht sind Zinseinkünfte aus Kapitalanlage oder Mieteinkünfte gemeint; diese Einkünfte und der ihnen zugrundeliegende Vermögensstamm sind stets zu liquidieren. Sobald nun aber vorhandenes Vermögen liquidiert ist, bricht auch die Verwertung der laufenden Einkünfte ab. Letzte Gelegenheit zur Aktualisierung ist, wie ein Rückschluß aus der Vorschrift über Nachtragsverteilungen (§ 203 InsO) ergibt, der Schlußtermin. Auf diese Weise hängt es von den Zufälligkeiten im Verwertungsfortschritt ab, wie lange der Schuldner seine Einkünfte in die Masse abführt.

1465 b) Trotz dieser Abkürzung kommt es vor, daß der Schuldner vor der Zeit für die Schlußverteilung verstirbt. Das Gesetz regelt diesen Fall nicht. Die Schlußverteilung ohne Rücksicht auf den beim Tod erreichten Stand der Verwertung vorzunehmen erscheint nicht sachgerecht. Aber auch mit dem Gedanken der Universalsukzession (§ 1922 Abs. 1 BGB) automatische Fortsetzung des Insolvenzverfahrens als Nachlaßinsolvenzverfahren anzunehmen[14] überzeugt nicht. Vielmehr liegt es am Erben, Haftungsbeschränkung geltend zu machen und Umwandlung des Insolvenzverfahrens in ein Nachlaßinsolvenzverfahren (§§ 315 ff. InsO) zu beantragen. Nutzt der Erbe die Gelegenheit zur Haftungsbeschränkung nicht, haftet er mit seinem ganzen Vermögen gemäß § 1967 Abs. 1 BGB für die Nachlaßverbindlichkeiten. Das Insolvenzverfahren gegen den verstorbenen Schuldner ist in Analogie zu §§ 207 ff. InsO wegen Zweckfortfalls einzustellen. Überfordert die Haftung den Erben, kann ein neues Insolvenzverfahren über sein Vermögen in Gang kommen. Bei Mehrheit von Erben ist deren Insolvenz je einzeln zu prüfen; Verbindung mehrerer neuer Verfahren gemäß § 147 ZPO bleibt unbenommen.

1466 c) Sollte wider alles Erwarten die Schlußverteilung alle Gläubiger vollkommen befriedigen, kehrt der Verwalter einen Rest an den Schuldner oder seine Anteilseigner aus (§ 199 InsO).

1467 Davon macht die grenzüberschreitende Insolvenz allerdings eine Ausnahme: Überschüsse eines Territorialverfahrens gehen zum Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens (Art. 35, 36 EuInsVO für Sekundärverfahren und für vorangehendes Territorialverfahren; § 358 InsO unmittelbar nur für Sekundärverfahren, in weiter Auslegung aber auch für älteres Territorialverfahren). Hierfür wird man im Falle des vorangehenden Territorialverfahrens (vgl. Art. 3 Abs. 4 EuInsVO) verlangen müssen, daß das Hauptverfahren wirksam eröffnet wird (obzwar die Entscheidung vielleicht noch nicht rechtskräftig ist), solange der Verwalter den Überschuß noch in der Hand hat. Rückforderung des vor Eröffnung des Hauptverfahrens bereits ausgehändigten Überschusses ermöglicht die Regelung nicht.

1468 d) Erledigung der Schlußverteilung löst unabhängig vom erreichten Befriedigungsniveau Beendigung des Konkurses aus. Das Insolvenzverfahren wird aufgehoben (§ 200 Abs. 1 InsO). Wenn sich nicht das Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 286 ff., 201 Abs. 3 InsO) mit Verlängerung der Zwangssolidarität (§ 294 InsO) anschließt, ist

14 Siehe *Siegmann*, ZEV 2000, 345, 346 f.; *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 312 InsO, Rn. 49, m.w.N.

dann der Weg zur individuellen Anspruchsverwirklichung wieder frei (§ 201 Abs. 1, Abs. 2 InsO).

6. Nachtragsverteilung

a) Die Schlußverteilung folgt dem im Schlußtermin vorgelegten Schlußverzeichnis (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO) auf dem sich nach der gerichtlichen Prüfung der Einwendungen (§ 197 Abs. 3 InsO) ergebenden letzten Stand. Danach kann die Masse noch weitere Entwicklungen aus **Korrekturen in der Verteilung** und **Auffinden weiteren Vermögens** zeitigen. Beispiel für einen verteilungsfähigen Rückfluß zur Masse (§ 203 Abs. 1 Nr. 2 InsO) ist die Rückzahlung ausgeschütteten Erlöses seitens eines Insolvenzgläubigers wegen Eintritts auflösender Bedingung[15]. Dem werden vom Insolvenzgericht angeordnete Nachtragsverteilungen (§ 203 Abs. 1 InsO) gerecht. Solche Nachtragsverteilungen gibt es sowohl vor als auch nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 203 Abs. 2 InsO).[16] Die Nachtragsverteilung richtet sich am Schlußverzeichnis aus (§ 205 InsO). Anordnung oder Verweigerung der Nachtragsverteilung sind beschwerdefähig (§ 204 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 InsO). 1469

b) Nachtragsverteilung ist sogar möglich, wenn sich an das aufgehobene Insolvenzverfahren ein Verfahren zur Restschuldbefreiung anschließt. Gleichgültig ist, ob das Insolvenzverfahren Regelverfahren oder Kleinverfahren war[17]. Die Nachtragsverteilung fließt in die Beobachtung des Befriedigungsfortschritts ein. Selbst noch nach Beendigung des Restschuldbefreiungsverfahrens kann nachträglich verteilt werden. Dies gilt nicht nur bei Beendigung ohne Erteilung der Restschuldbefreiung. Nachtragsverteilung ist auch nach Erteilung der Restschuldbefreiung statthaft. Die Befreiung soll nicht den zufällig erreichten Befriedigungsstand verstetigen, sondern dem Schuldner wirtschaftliche Betätigungsfreiheit verschaffen, nachdem das Insolvenzverfahren alles greifbare Vermögen versilberte. Was der Nachtragsverteilung unterliegt, zählt aber noch zu dem zu versilbernden Vermögen, und darf nicht durch den zufälligen Verlauf der Ereignisse der Befriedigung entzogen bleiben. 1470

c) Für eine Nachtragsverteilung freiwerdende Rückbehalte (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO) stehen nach wie vor unter Konkursbeschlag. Den Konkursbeschlag für Rückflüsse (§ 203 Abs. 1 Nr. 2 InsO) und neu Entdecktes (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO) stellt die insolvenzgerichtliche Anordnung der Nachtragsverteilung eigens her.[18] Zu nachträglich ermittelten Massegegenständen (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO) zählt auch ein überraschend vom Absonderungsgläubiger bei der Verwertung erzielter Überschuß[19]. 1471

d) Nachtragsverteilung erfaßt weder das nicht mehr verwertete laufende Einkommen noch sonstigen Neuerwerb nach dem Schlußtermin. Angesichts der auf Abschluß drängenden Regelung des § 196 Abs. 1 InsO darf man Neuerwerb nach dem Schlußtermin nicht zu den Fällen nachträglicher Ermittlung von Massegegenständen gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO zählen.[20] Neuerwerb wird auch nicht bei Gelegenheit einer aus anderen Gründen wirklich gemäß § 203 Abs. 1 InsO ausgelösten Nachtragsverteilung nachvollzogen und in die Nachtragsverteilung eingeführt. 1472

e) Geringfügiges weiteres Vermögen löst keine Nachtragsverteilung aus (§ 203 Abs. 3 Satz 1 InsO). Kostenvorschuß hilft über ein Mißverhältnis von Kosten und Wert hinweg (§ 203 Abs. 3 Satz 2 InsO). Der Kostenvorschuß ähnelt demjenigen, welcher der Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO) oder der Einstellung mangels Masse (§ 207 1473

15 Oben Rn. 1461.
16 Siehe auch unten Rn. 1517 ff.
17 BGH, Beschluß vom 1. Dezember 2005 – IX ZB 17/04, ZInsO 2006, 33.
18 *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 203 InsO, Rn. 12.
19 BGH, ZInsO 2006, 33 f.
20 *Hintzen*, in: MünchKomm, § 203 InsO, Rn. 12.

Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO) zuvorkommt. Genießt der Schuldner Stundung der Kosten des Verbraucherinsolvenzverfahrens (§ 4a Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 InsO), schließt das die Kosten von Nachtragsverteilungen ein. Das Gesetz macht aber für den Fall der Stundung, anders als in der Frage nach Nichteröffnung oder Einstellung mangels Masse (§§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 2, 207 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 InsO), keine Ausnahme und erlaubt dem Gericht auch jetzt, einen Vorschuß vorauszusetzen – was die Staatskasse schont.

IV. Grenzüberschreitende Insolvenz

1475 Wie überhaupt für die grenzüberschreitende Insolvenz das Recht des Verfahrensstaates gilt (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EuInsVO; § 335 InsO), so richtet sich auch die Bedienung der Gläubiger aus der Masse nach dem Recht des Verfahrensstaates (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe i EuInsVO). Nimmt der Gläubiger an mehreren Insolvenzverfahren teil, so bringt ihm das keine vielfache Ausschüttung, womöglich gar mit dem Ergebnis einer Überdeckung seiner Forderung. Vielmehr wird das, was er in einem Verfahren erzielte, im nächsten angerechnet (Art. 20 Abs. 2 EuInsVO; § 342 Abs. 2 InsO). Unter anderem hier wird sich internationaler Informationsfluß in der Bekanntmachungspraxis und in der Kooperation der Insolvenzverwalter (Art. 21, 31 Abs. 1 Satz 2, 32 Abs. 1, Abs. 2, 36 EuInsVO; §§ 345, 357 Abs. 1 Satz 1 InsO) zu bewähren haben. Der Insolvenzgläubiger muß seine auswärts erlangte Befriedigung offenlegen (§ 342 Abs. 3 InsO). Auf das auswärtige Verfahren macht nicht zuletzt aufmerksam, daß der auswärtige Verwalter die ihm bekanntgewordenen Insolvenzforderungen über die Grenze hinweg anmeldet (Art. 32 Abs. 2, 36 EuInsVO, § 341 Abs. 2 Satz 1 InsO).

§ 32 Ende des gesetzlich liquidierenden Insolvenzverfahrens

Literatur: *Adam*, Die gleichmäßige Befriedigung der Massegläubiger, DZWIR 2009, 181 ff.; *Frege/Riedel*, Schlußbericht und Schlußrechnung im Insolvenzverfahren, 2. Aufl., 2006; *Hess/Weis*, Die Schlußrechnung des Insolvenzverwalters, NZI 1999, 260 ff.; *Lievre/Stahl/Ems*, Anforderungen an die Aufstellung und die Prüfung der Schlußrechnung im Insolvenzverfahren, KTS 1999, 1 ff.; *Pelka/Niemann*, Praxis der Rechnungslegung in Insolvenzverfahren, 5. Aufl. 2002; *Ringstmeier*, Beendigung masseloser Insolvenzverfahren, InsbürO 204, 49 ff.; *Siegmann*, Der Tod des Schuldners im Insolvenzverfahren, ZEV 2000, 345 ff.; *Walther*, Das Verfahren bei Masseunzulänglichkeit nach den §§ 208 ff. InsO, 2005; *Weitzmann*, Rechnungslegung und Schlußrechnungsprüfung, ZInsO 2007, 449 ff.

I. Verfahrensbeendigung durch Beschluß des Insolvenzgerichts

1. Das Insolvenzverfahren kann regulär mit der Aufhebung (§ 200 Abs. 1 InsO) enden oder vorzeitig durch Einstellung (§§ 207 ff. InsO) – abgesehen von einem Insolvenzplan, auf dessen rechtskräftige Bestätigung hin das Insolvenzverfahren ebenfalls aufgehoben wird (§ 258 Abs. 1 InsO)[1]. Wie bei der Eröffnung (§ 27 InsO) handelt es sich um einen Beschluß des Insolvenzgerichts. Der Beendigungsbeschluß fällt jedoch anders als der Eröffnungsbeschluß nicht unter die gemäß § 18 Abs. 1 RPflG zwingend dem Richter vorbehaltenen Entscheidungen. Im Gegensatz zum Aufhebungsbeschluß sind einige Einstellungsbeschlüsse und einige Ablehnungen von Einstellungsanträgen beschwerdefähig (§ 216 InsO). 1476

2. Das Gericht entscheidet teils von Amts wegen, teils auf Antrag. Die Folgen des jeweiligen Beschlusses sind bald gleich, bald verschieden: Stets fällt mit Erlaß der verfahrensbeendenden Entscheidung die seit der Eröffnung herrschende Beschlagnahme fort. Die Vorschriften zur Kundbarmachung decken sich weitgehend ebenfalls. Die Konsequenzen für die Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) hingegen unterscheiden sich. Hauptsächlich an die Aufhebung schließt sich das Verfahren zur Restschuldbefreiung an, wenn der Gemeinschuldner natürliche Person ist und auf Restschuldbefreiung antrug (§ 286 InsO). Nach Einstellung folgt das Restschuldbefreiungsverfahren nur ausnahmsweise, nämlich wenn wegen Masseunzulänglichkeit eingestellt wurde (§ 289 Abs. 3 InsO). 1477

Das Nachforderungsrecht der Gläubiger und die Möglichkeit zur Nutzung eines Auszuges aus der eventuell schon zur Feststellung gereiften Tabelle für die Einzelvollstreckung hingegen bestehen nach Einstellung nicht anders als nach Aufhebung (§ 201 InsO mit § 215 Abs. 2 Satz 2 InsO). Da der Einstellung nur ausnahmsweise das Restschuldbefreiungsverfahren folgt, ist nach ihr die individuelle Anspruchsverwirklichung auch nur ausnahmsweise gemäß § 294 InsO zugunsten der jährlichen Ausschüttungen aus der Hand des Treuhänders (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO) ausgeschlossen. Nachtragsverteilungen kennt neben dem aufgehobenen Verfahren (§ 203 Abs. 2 InsO) nur das wegen Masseunzulänglichkeit eingestellte (§ 211 Abs. 3 InsO). 1478

1 Zum Insolvenzplanverfahren unten Rn. 1600 ff. (§ 34).

II. Aufhebung nach völliger Abwicklung

1479 1. Gelangt das Insolvenzverfahren bis zum Vollzug der Schlußverteilung, wird es von Amts wegen als ordentlich durchgeführt aufgehoben (§ 200 Abs. 1 InsO). Voraus geht der **Schlußtermin** (§ 197 InsO). Darin nimmt die Gläubigerversammlung den Rechenschaftsbericht des zuletzt amtierenden Insolvenzverwalters entgegen (§§ 66 Abs. 1, 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO); im Kleinverfahren ist es der Bericht des Treuhänders (§ 313 Abs. 1 Satz 3 InsO), bei Eigenverwaltung des Schuldners (§ 281 Abs. 3 Satz 1 InsO). Der Schlußtermin dient des weiteren der Sammlung von Einwendungen gegen das Schlußverzeichnis, soweit Einwendungen dies veranlassen (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO). Außerdem entscheidet sich im Schlußtermin, was mit den unverwertbaren Gegenständen geschehen soll (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO). Zumeist wird die Lösung in Freigabe an den Schuldner oder an seine Anteilseigner bestehen. Auf dasselbe läuft es hinaus, wenn die Gläubigerversammlung sich eines Beschlusses enthält und die Objekte mit der Aufhebung freiwerden läßt. Nicht ausgeschlossen ist aber auch, daß sich noch in der Gläubigerversammlung ein Abnehmer findet. Seine Zahlung erhöht die für die Schlußverteilung anstehenden Mittel.[2] Die Möglichkeit, das Schlußverzeichnis noch im Schlußtermin aufzubessern, läßt sich aus der Regelung über Nachtragsverteilungen (§ 203 Abs. 1 InsO) erschließen. Zu guter Letzt erörtert die Gläubigerversammlung im Schlußtermin einen etwaigen Antrag des Schuldners auf Restschuldbefreiung (§ 289 Abs. 1 Satz 1 InsO). Das Gericht muß noch vor der Aufhebung entscheiden (§ 289 Abs. 1 Satz 2 InsO), ob dem Schuldner die Restschuldbefreiung in Aussicht gestellt werden kann (§ 291 Abs. 1 InsO) oder ob sie ihm versagt bleibt (§ 290 Abs. 1 InsO). Erst nach Rechtskraft des beschwerdefähigen (§ 289 Abs. 2 Satz 1 InsO) Beschlusses folgt die Aufhebung (§ 289 Abs. 2 Satz 2 InsO).

1480 2. Mit der Aufhebung **endet** der **Konkursbeschlag** für die meisten noch vorhandenen (das heißt nicht verwerteten und noch nicht freigegebenen) Massebestandteile. Lediglich die zurückgehaltenen Gelder (§§ 189 Abs. 2, 190 Abs. 2 Satz 2, 198 InsO) bleiben im Beschlag. Sie bleiben darin auch dann, wenn die Forderungen, deretwegen sie zurückgehalten werden, endgültig nicht zu berücksichtigen ist. Denn dann werden sie nicht gänzlich, sondern nur für eine Nachtragsverteilung frei (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

1481 3. Ähnlich wie die Eröffnung (§§ 30 ff. InsO; Art. 21 f. EuInsVO; XIIa/3 Abs. 3 MiZi) wird die Aufhebung **publik** gemacht (§ 200 Abs. 2 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 5 MiZi).

1482 **Grenzüberschreitende Aktivität** anläßlich der Aufhebung sieht zwar die europäische Insolvenzverordnung nicht vor, wohl aber Art. 102 § 5 Abs. 2 Satz 2 EGInsO sowie § 345 Abs. 1 Satz 3 InsO.

1483 4. Beschwerde gegen den Aufhebungsbeschluß hält das Gesetz nicht bereit.

III. Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit nach Liquidation

1484 1. Das Insolvenzverfahren wird nicht gemäß § 200 Abs. 1 InsO als ordentlich abgewickelt aufgehoben, wenn die Masseverbindlichkeiten nicht gedeckt sind und die Insolvenzgläubiger keinerlei Erlös empfangen können. Statt dessen wird das Verfahren von Amts wegen eingestellt. Dabei ist zwischen zwei Fällen der Massearmut zu unterscheiden: **Einstellung mangels Masse** (§ 207 Abs. 1 Satz 1 InsO) und **Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit** (§§ 208 Abs. 1, 211 Abs. 1 InsO). Von letzterer ist

2 *Depré*, in: HeidKomm, § 197 InsO, Rn. 7.

hier die Rede.[3] Nur der Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit geht notwendig die volle Liquidation der Masse voran. Mangels Masse hingegen stellt das Gericht auch dann ein, wenn die Verwertung noch nicht abgeschlossen ist.

2. Masseunzulänglichkeit ist der mildere Fall der Massearmut. Hier ist das Schuld- 1485
nervermögen immerhin noch so stark, daß es die Verfahrenskosten trägt (§§ 53 Fall 1, 54 InsO; Art. 23 EuInsVO). Die Deckung kann ausschließlich aus der Masse oder auch (teilweise oder ganz) aus Stundung oder Vorschuß stammen. Der Insolvenzverwalter (im Kleinverfahren gemäß § 313 Abs. 1 Satz 1 InsO; bei Eigenverwaltung gemäß § 285 InsO der Sachwalter) zeigt den sich anbahnenden Ausfall der jenseits der Verfahrenskosten stehenden Massegläubiger bei Gericht an (§ 208 Abs. 1 InsO). Das Insolvenzgericht sorgt für Publizität (§ 208 Abs. 2 InsO).

3. Obgleich es nicht zu der geringsten Befriedigung der Insolvenzgläubiger, die doch 1486
die Adressaten des Verfahrens sind (§§ 1 Satz 1, 38 InsO), kommen wird, bleibt der Verwertungsauftrag des Verwalters aufrechterhalten (§ 208 Abs. 3 InsO). Denn es findet nun ein Konkurs im Konkurs (»Insolvenz in der Insolvenz der Insolvenz«[4], das heißt ein Insolvenzverfahren in der Insolvenz des Insolvenzverfahrens) statt, worin die Massegläubiger in einer Rangfolge bedient werden, soweit die Erlöse reichen (§ 209 InsO).

a) Analog zu Zwangssolidarität der Insolvenzgläubiger (§§ 87, 89 Abs. 1 InsO) sind 1487
nun auch **Massegläubiger** an **individueller Durchsetzung** ihrer Ansprüche **gehindert** (§ 210 InsO), nachdem sie bislang nur verhältnismäßig geringe Zurückhaltung gemäß §§ 89 Abs. 2 Satz 1, 90 InsO üben mußten. Deswegen spricht die Praxis dem Massegläubiger das Rechtsschutzbedürfnis ab, wenn er sich um eine Titulierung seines Anspruchs bemüht.[5] Masseanreicherung durch Anfechtung, die Befriedigungspotential nur für Massegläubiger erbringt, ist nicht statthaft.[6]

b) Unter den Masseverbindlichkeiten, die nicht Kostenschulden sind, haben diejenigen besseren 1488
Rang, welche erst nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit entstehen (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Die Vollstreckungssperre des § 210 InsO[7] drängt nach ihrem auf § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO verweisenden Wortlaut lediglich die sogenannten Altmassegläubiger, also die vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit entstandenen Masseverbindlichkeiten außer den Verfahrenskosten zurück. Scheinbar kommt das nicht nur den Verfahrenskosten nach § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO, sondern auch den Neumassegläubigern im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO zugute. Da es indessen Sinn der §§ 209 f. InsO ist, Verfahrenskosten auf jeden Fall, unabhängig vom Zeitpunkt ihres Entstehens, also auch die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit anfallenden, zu decken, muß auch das Zurückweichen der übrigen Masseverbindlichkeiten ungeteilt sein. In der Konsequenz der von § 209 Abs. 1 InsO vorgegebenen Rangordnung gilt die Vollstreckungssperre des § 210 InsO deshalb analog auch zu Lasten von Neumassegläubigern.[8] Einer Leistungsklage eines Neumassegläubigers fehlt dann das Rechtsschutzbedürfnis[9]. Der Einteilung in ältere und jüngere Masseschulden unterwirft das Gesetz auch schwebende Geschäfte (§ 209 Abs. 2 InsO). So wie sich nach §§ 103 ff., 55 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO schwebende Geschäfte in Insolvenzforderungen und durch die Disposition des Verwalters bevorzugte Masseverbindlichkeiten einteilen, bevorzugt nun § 209 Abs. 2 InsO innerhalb der aus §§ 103 ff. InsO hervorgehenden Masse-

3 Zur Einstellung mangels Masse anschließend unter Rn. 1494 ff.

4 Siehe BGH, Urteil vom 13. April 2006 – IX ZR 22/05, NJW 2006, 2997, 2999.

5 LAG Stuttgart, Beschluß vom 26. März 2001 – 1 Ta 12/01, ZIP 2001, 657, 658, betreffend Unzulässigkeit eines Antrags auf Kostenfestsetzung gegen den Verwalter nach §§ 103 ff. ZPO.

6 Oben Rn. 1010.

7 Zuvor Rn. 1487.

8 BGH, Urteil vom 13. April 2006 – IX ZR 22/05, NJW 2006, 2997, 3000.

9 BGH, NJW 2006, 2997, 3000.

schulden diejenigen Verbindlichkeiten, zu denen sich der Verwalter nach Auslösen des Konkurses im Konkurs eigens bekennt.

1489 aa) Das betrifft zum einen die erst jetzt gemäß § 103 Abs. 1 InsO getroffene Erfüllungswahl (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Die Wahl muß bislang offen geblieben sein. Anzeige der Masseunzulänglichkeit eröffnet die Wahl nicht von neuem[10]. Ebensowenig gibt es eine Wahl in den vom Insolvenzverwalter nach Eröffnung und vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit getätigten Geschäften[11].

1490 bb) Betroffen sind zum anderen Dauerschuldverhältnisse, die der Verwalter trotz Gelegenheit dazu nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht kündigt (§ 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO) oder soweit er die Gegenleistung nach der Anzeige zur Masse einfordert (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO). Gleichgültig ist, ob das Dauerschuldverhältnis vor oder nach Eröffnung begründet wurde.

1491 4. Erst nach der Erlösverteilung in dem kleinen Konkurs stellt das Insolvenzgericht ein (§ 211 Abs. 1 InsO). Mit der Einstellung **endet** der **Insolvenzbeschlag** (§ 215 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die individuelle Rechtsverfolgung steht dem Insolvenzgläubiger nun wieder frei (§§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO), sofern sich nicht das Restschuldbefreiungsverfahren anschließt (§§ 289 Abs. 3, 294 InsO). Falls seine Forderung schon festgestellt wurde (§ 178 Abs. 1 InsO), kann der Insolvenzgläubiger einen Tabellenauszug für die Zwangsvollstreckung benutzen (§§ 201 Abs. 2, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO). Nachtragsverteilung zugunsten der Massegläubiger als der Teilnehmer des Konkurses im Konkurs bleibt ähnlich der Nachtragsverteilung zugunsten der Insolvenzgläubiger nach Aufhebung vorbehalten (§ 211 Abs. 3 InsO).

1492 5. Soll sich entsprechend einem Antrag des Gemeinschuldners (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO) an die Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit das Verfahren zur **Restschuldbefreiung** anschließen (§ 289 Abs. 3 InsO), muß die Forderungsprüfung durchgeführt, ein Schlußverzeichnis wie für reguläre Konkursbeendigung erstellt und ein Schlußtermin zur Entgegennahme von Einwendungen gegen das Schlußverzeichnis und zur Erörterung des Antrages auf Restschuldbefreiung (§ 289 Abs. 1 Satz 1 InsO) abgehalten werden.[12] Noch vor der Einstellung muß das Insolvenzgericht rechtskräftig darüber entschieden haben, ob es dem Schuldner die Restschuldbefreiung ankündigt oder versagt. Der Treuhänder ist auf das Schlußverzeichnis angewiesen, weil er Ausschüttungen an die Insolvenzgläubiger während der Wohlverhaltensperiode nur nach dem dokumentierten zuletzt erreichten Stand berücksichtigungsfähiger Forderungen vornimmt (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO). Versagt aber das Gericht in seinem ersten Beschluß (§ 289 Abs. 1 Satz 2 InsO) oder im laufenden Restschuldbefreiungsverfahren (§§ 296 ff. InsO) dem Schuldner die Restschuldbefreiung, haben die Gläubiger mit der Tabelle die Grundlage für die Zwangsvollstreckung (§§ 201 Abs. 2, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO).

1493 6. Die Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit wird bekanntgemacht, registriert und in Mitteilungen verbreitet (§§ 215 Abs. 1, 200 Abs. 2 Satz 2 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 4 MiZi; Art. 102 § 5 Abs. 1 Satz 3 EGInsO, § 345 Abs. 1 Satz 3 InsO).

IV. Einstellung ohne notwendige Liquidation

1. Einstellung mangels Masse

1494 a) Einstellung mangels Masse (§ 207 Abs. 1 Satz 1 InsO) ähnelt der Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO). Das Insolvenzgericht entscheidet von Amts wegen. Mangel an Masse gemäß § 207 Abs. 1 Satz 1 InsO bedeutet, daß die vorhandenen und die zu erwartenden Erlöse anders als bei bloßer

10 Umstritten. Siehe *Hefermehl*, in: MünchKomm, § 209 InsO, Rn. 28, neue Wahl befürwortend.
11 Umstritten. Siehe *Hefermehl*, in: MünchKomm, § 209 InsO, Rn. 29, Wahl befürwortend.
12 *Kießner*, in: *Braun*, § 210 InsO, Rn. 15 f.

Masseunzulänglichkeit (§ 208 Abs. 1 Satz 1 InsO) nicht einmal die Kosten des Verfahrens (§§ 53 Fall 1, 54 InsO; Art. 23 EuInsVO) decken. Kostenvorschuß und Stundung (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO) verhindern, wie sie die Eröffnung befördern (§ 26 Abs. 1 Satz 2 InsO), die Einstellung mangels Masse (§ 207 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 InsO).

b) Sobald sich Kostenunterdeckung herausstellt, endet die in § 159 InsO begründete Verwertungspflicht des Verwalters (§ 207 Abs. 3 Satz 2 InsO). Aus den flüssigen Mitteln begleicht er die Kosten (§ 207 Abs. 3 Satz 1 InsO). Da, solange die Einstellung noch aussteht, nur seine Verwertungspflicht endet, nicht aber seine Bewirtschaftungs- und Verwertungsgewalt aus §§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO, kann der Verwalter in ihm geeignet erscheinenden Fällen die liquiden Mittel noch aufbessern,[13] auch wenn das zusätzliche Kosten auslöst. Anfechtung zur Masseanreicherung, von der die Insolvenzgläubiger nicht profitieren können, ist jedoch nicht möglich.[14] 1495

Auf Masseverbindlichkeiten, die nicht zu den Kosten zählen, leistet der Verwalter keine Zahlung mehr. Die Gläubiger sind auf Einzelvollstreckung angewiesen. Diese können sie (in den gewöhnlichen Grenzen von §§ 89 Abs. 2 Satz 1, 90 InsO) noch vor der Einstellung beginnen. Ein Vollstreckungsstopp wie nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 210 InsO) ist dem Gesetz fremd. 1496

c) Die Einstellung beseitigt den Insolvenzbeschlag (§ 215 Abs. 2 Satz 1 InsO), und die Insolvenzgläubiger gehen nun wieder einzeln vor (§§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO). Je nach dem erreichten Verfahrensstand, zu dem sich die Massearmut herausstellte, blieb mehr oder weniger Masse unaufgelöst. Sofern es noch zur Feststellung (§ 178 Abs. 1 InsO) kam, eignet sich der Tabellenauszug als Titel für die Zwangsvollstreckung (§§ 201 Abs. 2, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO). 1497

d) Das Gericht sorgt für Publizität der Einstellung mangels Masse (§§ 215 Abs. 1, 200 Abs. 2 Satz 2 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 1 MiZi; Art. 102 § 5 Abs. 1 Satz 3 EGInsO, § 345 Abs. 1 Satz 3 InsO). Eintrag ins Schuldnerverzeichnis wie bei Nichteröffnung mangels Masse (§ 26 Abs. 2 Satz 1 InsO) sieht § 215 InsO nicht vor. 1498

e) Nachtragsverteilungen gibt es weder zugunsten der Kostengläubiger noch der übrigen Massegläubiger noch gar der Insolvenzgläubiger. Es schließt sich kein Verfahren zur Restschuldbefreiung an. 1499

2. Einstellung auf allseitiges Einverständnis

a) Das Insolvenzverfahren wird nicht gegen den Willen aller Beteiligter zu Ende geführt. Das Gericht stellt es auf Antrag des Schuldners ein, wenn alle bislang bekannten Insolvenzgläubiger zustimmen (§ 213 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 InsO). Zustimmung der Massegläubiger ist nicht notwendig, weil diese vorab befriedigt oder gesichert werden (§ 214 Abs. 3 InsO). Dazu wird der Verwalter erforderlichenfalls die Verwertung noch eine zeitlang fortsetzen. 1500

Ob die Zustimmung von Absonderungsgläubigern (mögen sie zugleich Insolvenzgläubiger sein oder nicht) notwendig ist, liegt im freien Ermessen des Gerichts (§ 213 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das Gericht läßt sich dabei von der Frage leiten, ob Abbruch der Verwertung den Absonderungsberechtigten schlechter stellt als vollständige Abwicklung. Insbesondere ist an Ausfall der mit Befriedigungsrecht nur teilweise gedeckten persönlichen Forderung gegen den Schuldner zu denken. Auch kann es sein, daß eine aktuelle günstige Verwertungsmöglichkeit nach der Einstellung nicht wiederkehrt; dies träfe auch einen Absonderungsberechtigten, der nicht zugleich 1501

13 *G. Pape* in: *Kübler/Prütting*, § 207 InsO, Rn. 25.
14 Oben Rn. 1010.

Insolvenzgläubiger ist.[15] Alternative zur gerichtlichen Anordnung der Zustimmungsbedürftigkeit ist Anordnung von Sicherheit aus der Masse (§ 213 Abs. 1 Satz 2 am Ende InsO).

1502 b) Wie der Schuldner die Zustimmungen erhandelt, ist ihm überlassen. Insbesondere kann er mit den Gläubigern außergerichtlich einen Schuldenbereinigungsplan aushandeln[16]. Das ist ihm sowohl im Regelverfahren als Alternative zum Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) gestattet als auch im Kleinverfahren, wo das Gesetz nach den erfolglosen Schuldenbereinigungsversuchen vor Eröffnung (§§ 305 ff. InsO) keine privatautonome Regelung mehr vorsieht (§ 312 Abs. 2 Fall 1 InsO).

1503 c) Einstellung nach **allseitiger Zustimmung** beseitigt wie jede Einstellung den Insolvenzbeschlag (§ 215 Abs. 2 Satz 1 InsO). Ebenfalls wie immer können die Insolvenzgläubiger nach der Einstellung wieder einzeln vorgehen (§§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO) und dabei einen Tabellenauszug verwenden, falls es noch zur Feststellung kam (§§ 201 Abs. 2, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO). Der Nachforderung können aber Absprachen zwischen Schuldner und Gläubiger entgegenstehen, welche der Zustimmung des Gläubigers vorangingen. Vor abredewidriger Zwangsvollstreckung mit dem Tabellenauszug schützt der Schuldner sich mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO.

1504 d) Die Einstellung aufgrund allseitiger Zustimmung wird wie die übrigen Einstellungen kundgemacht (§§ 215 Abs. 1, 200 Abs. 2 Satz 2 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 3 MiZi; Art. 102 § 5 Abs. 1 Satz 3 EGInsO, § 345 Abs. 1 Satz 3 InsO).

1505 e) Nachtragsverteilungen sind nicht vorgesehen. Das Restschuldbefreiungsverfahren findet nicht statt.

3. Einstellung mangels Insolvenz

1506 a) Auf Einstellung kann der Schuldner ferner gemäß § 212 Satz 1 InsO antragen, wenn **keine Eröffnung rechtfertigende Insolvenz** vorliegt. Ob der Eröffnungsgrund nie vorlag oder ob er lediglich später entfiel, ist der Vorschrift entgegen ihrer Überschrift gleichgültig. Der Einstellungsantrag kann so Notlösung nach Versäumen oder Mißlingen einer Beschwerde gegen die Eröffnung (§ 34 Abs. 2 InsO) sein. Ein zunächst bestehender Eröffnungsgrund kann zum einen wegen geschickter Wirtschaft des Verwalters oder Verbesserung der Rahmenbedingungen weggefallen sein. Belastungen können gegenstandslos werden, indem der Zweck einer vom Schuldner für Verbindlichkeiten Dritter gestellten Sicherheit sich erledigt oder ein Pensionsberechtigter verstirbt. Die Liquidität kann sich verbessern, nachdem ein Drittschuldner überraschend auf eine schon abgeschriebene Forderung doch noch zahlt. Auch neue Kreditbereitschaft kann, wo nicht Überschuldung Eröffnungsgrund ist (§§ 19, 212 Satz 1 Fall 3 InsO), die Einstellung rechtfertigen. Und es ist (ähnlich wie zur Vorbereitung einer Einstellung nach § 213 InsO) möglich, daß außergerichtliche Schuldenbereinigungsbemühungen das Insolvenzverfahren überflüssig machen, weil Erlasse und Stundungen den Schuldendruck mildern.

1507 b) Mit der Einstellung wird die Masse vom Konkursbeschlag frei (§ 215 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Insolvenzgläubiger dürfen ihre Forderungen wieder einzeln verfolgen, (§§ 201, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO), soweit das nicht Absprachen mit dem Schuldner ausschließen.

1508 c) Das Gericht veranlaßt die Kundgabe der Einstellung (§§ 215 Abs. 1, 200 Abs. 2 Satz 2 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 3 MiZi; Art. 102 § 5 Abs. 1 Satz 3 EGInsO, § 345 Abs. 1 Satz 3 InsO).

1509 d) Es gibt nach Einstellung mangels Eröffnungsgrundes weder Nachtragsverteilungen noch Restschuldbefreiung.

15 Zu diesen Fällen *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 213 InsO, Rn. 10.
16 Siehe schon oben Rn. 187 f.

4. Einstellung wegen Todes des Schuldners

Der Tod des Schuldners nimmt dem Insolvenzverfahren seinen Zweck. Sofern nicht der Erbe das Insolvenzverfahren in ein Nachlaßverfahren umwandeln läßt, ist es einzustellen, obgleich dazu eine Vorschrift fehlt[17]. Kundmachung erfolgt in entsprechender Anwendung von § 215 Abs. 1 InsO (mit § 200 Abs. 2 Satz 2 InsO; Mitteilungen analog XIIa/4 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 MiZi; unmittelbar greifen Art. 102 § 5 Abs. 1 Satz 3 EGInsO, § 345 Abs. 1 Satz 3 InsO). Nachtragsverteilungen und Restschuldbefreiung entfallen. 1510

17 Siehe oben Rn. 1465.

§ 33 Die Zeit nach dem Insolvenzverfahren

Literatur: *Adam*, Grundfragen der Restschuldbefreiung, DZWIR 2006, 495 ff.; *Adam*, Sondervorteile und Restschuldbefreiung, ZInsO 2006, 1132 ff.; *Anlauf*, Die Restschuldbefreiung – ein Novum im deutschen Recht?, DZWIR 2007, 146 ff.; *Ahnert*, Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung. Ein Praxisleitfaden, 2. Aufl., 2003; *Ahrens*, Innenbeziehungen der Gläubiger bei Versagungsanträgen nach §§ 290, 295 ff. InsO, NZI 2001, 113 ff.; *Ahrens*, Entschuldungsverfahren und Restschuldbefreiung, NZI 2007, 193 ff.; *Ahrens*, Versagung contra Restschuldbefreiung, ZInsO 2007, 673 ff.; *Döbereiner*, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, 1997; *Ehlenz*, Die Zulässigkeit von Zahlungen des Schuldners an einen Insolvenzgläubiger während der Wohlverhaltensphase, InVo 2007, 93 ff.; *Fuchs*, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, in: Kölner Schrift, S. 1679 ff.; *Graf-Schlicker*, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz nach der InsO, 1999; *Grote*, Die Änderung des Insolvenzrechts durch das Insolvenzänderungsgesetz, NJW 2001, 3665 ff.; *Grote*, Zur Abführungspflicht des Selbständigen gem. § 295 Abs. 2 InsO in der Wohlverhaltensperiode, ZInsO 2004, 1105 ff.; *Hergenröder*, Entschuldung durch Restschuldbefreiungstourismus?, DZWIR 2009, 309 ff.; *Heyer*, Restschuldbefreiung im Insolvenzverfahren, 2004; *H. Hoffmann*, Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung, 2. Aufl., 2002; *Kastner*, Die neue Insolvenzordnung. Neustart für Unternehmen, 1999; *Kocher*, Die Restschuldbefreiung vor dem Bundesverfassungsgericht, DZWIR 2004, 187 ff.; *Kohte/Ahrens/Grote*, Verfahrenskostenstundung, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren. Kommentar, 3. Aufl., 2006; *Kolbe*, Deliktische Forderungen und Restschuldbefreiung, 2009; *Mäusezahl*, Die unerlaubte Handlung in der Insolvenz der natürlichen Person, ZInsO 2002, 462 ff.; *Medicus*, Schulden und Verschulden. Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Restschuldbefreiung, DZWIR 2007, 221 ff.; *H.-F. Müller*, Restschuldbefreiung und materielles Recht, KTS 2000, 57 ff.; *Neuner*, Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung. Eine kritische Bestandsaufnahme aus Sicht der Beteiligten, 2001; *G. Pape*, Vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung bei fehlenden Forderungsanmeldungen, NZI 2004, 1 ff.; *Preuß*, Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung, 2. Aufl., 2003; *Rühle*, Gegenseitige Verträge nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, 2006; *Schlie*, Die Steuerhinterziehung als Fallstrick der Restschuldbefreiung, ZInsO 2006, 1126 ff.; *B. Schmidt*, Vollstreckungsverbot während der Wohlverhaltensperiode?, DGVZ 2004, 49 ff.; *Schwede*, Restschuldbefreiung für Verbraucher. Eine Untersuchung der Zugangshürden und Versagungsgründe nach der Insolvenzordnung, 2006; *Sesemann*, Restschuldbefreiung – verfassungswidrig oder nicht?, NZI 2002, 656 ff.; *Thomas*, Mindestquote als Voraussetzung für die Restschuldbefreiung, in: Kölner Schrift, S. 1763 ff.; *Trendelenburg*, Restschuldbefreiung, 2000; *Uhlenbruck*, Vom »Makel des Konkurses« zur gesteuerten Insolvenz, in: Festschrift Gerhardt, 2004, S. 979 ff.; *Vallender*, Konflikte zwischen dem Straf- und Insolvenzrecht bei der Vollstreckung von Geldstrafen in Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, NZI 2002, 130 ff.; *Weidig*, Wesen und Grenzen der Rechtsfigur der »nachträglichen« Insolvenzverwaltung, DZWIR 2000, 313 ff. *Welsch*, Steuererstattungsansprüche nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, DZWIR 2006, 406 ff.; *Wischemeyer*, Haftung und Restschuldbefreiung für die Forderungen der Massegläubiger, KTS 2008, 495 ff.

I. Gestundete Kosten

1511 Die Beendigung des Liquidationsverfahrens durch Aufhebung (§ 200 Abs. 1 InsO) oder Einstellung wirkt sich auf eine Kostenstundung nach § 4a Abs. 1 Satz 1 InsO unterschiedlich aus.

1512 1. Nach Aufhebung wegen völliger Abwicklung ändert sich an der Stundung einstweilen nichts. Denn die Stundung ist gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 InsO von vornherein bis zur Erteilung der Restschuldbefreiung gewährt. Und zumindest der Beginn des Restschuldbefreiungsverfahrens ist in jedem Falle zu erwarten, da die Stundung an einen Antrag des Gemeinschuldners auf Restschuldbefreiung geknüpft war (§ 4a

Abs. 1 Satz 1 InsO). Ob im weiteren Verlauf das Verfahren zur Restschuldbefreiung scheitert und deswegen die Stundung aufzuheben ist (§ 4c Nr. 5 InsO), ist eine andere Frage.

2. Da Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit (§ 211 Abs. 1 InsO) den Weg zur Restschuldbefreiung offenhält (§ 289 Abs. 3 InsO), ändert auch sie nichts an der Stundung. 1513

3. Einstellung mangels Masse (§ 207 Abs. 1 Satz 1 InsO) kommt bei Stundung gar nicht vor (§ 207 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 Fall 2 InsO). 1514

4. Einstellung mangels Eröffnungsgrundes (§ 212 Satz 1 InsO), aufgrund allseitiger Zustimmung (§ 213 InsO) oder wegen Todes des Schuldners[1] verschließt den Weg zur Restschuldbefreiung. Dasselbe tut Aufhebung wegen rechtskräftig bestätigten Insolvenzplans (§ 258 Abs. 1 InsO). Auch die Feststellung des Insolvenzgerichts zur Annahme eines Schuldenbereinigungsplans (§ 308 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InsO) schließt Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO aus, denn das Insolvenzverfahren wird wegen fiktiver Antragsrücknahme (§ 308 Abs. 2 InsO) gar nicht erst eröffnet. 1515

In entsprechender Anwendung von § 4c InsO ist nun die Stundung wegen Zweckfortfalls aufzuheben. Allerdings ist bei der Aufhebung der Stundung zu beachten, ob die Situation Ähnlichkeit mit Erteilung von Restschuldbefreiung hat. Dem ist so, wenn dem Schuldner eine Verständigung mit den Gläubigern gelang. In diesen Fällen erscheint es sachgerecht, die Aufhebung mit einer schonenden Zahlungsregelung in Analogie zur Möglichkeit einer Verlängerung über die Restschuldbefreiung hinaus (§ 4b InsO) auszustatten.[2] 1516

II. Verteilung weiteren Vermögens

1. Wird nach Beendigung des Verfahrens Vermögen faßlich, das bis dahin der Verteilung nicht zur Verfügung stand, stellt sich die Frage, ob die Liquidation wiederzueröffnen ist. Das Gesetz sieht zur Rückkehr in die Liquidation die **Nachtragsverteilung** vor (§§ 203, 211 Abs. 3 InsO).[3] Ihren Charakter als Fortsetzung des Liquidationsverfahrens unterstreicht die – wo nicht die Mittel schon flüssig sind – neuerliche Verwertung und die am Ende notwendige neuerliche Rechnungslegung (§§ 205, 211 Abs. 3 Satz 2 InsO). Ob der Schuldner, da natürliche Person, noch existiert oder ob das Insolvenzverfahren die Existenz des Schuldners aufhob, ist gleichgültig. Denn Nachtragsverteilung knüpft an den Vermögensbestand vor dem Ende der Liquidation an, und zu dieser Zeit ist der Schuldner zumindest noch als in Liquidation befindlich existent. Daher ist auch für die Nachtragsverteilung als Verlängerung der Liquidation zumindest noch eine Restexistenz anzunehmen und nicht umgekehrt die Liquidation wegen vermeintlich schon endgültigen Untergangs des Vermögensträgers zu unterlassen. 1517

2. Nachtragsverteilung gibt es aber nicht nach jeder Verfahrensbeendigung und auch nicht in allen Fällen, in denen man sich eine weitere Liquidation vorstellen könnte. Nur nach regulärer Verfahrensaufhebung gemäß § 200 Abs. 1 InsO und nach Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit gemäß § 211 Abs. 1 InsO kann sie stattfinden – im ersten Falle zugunsten der Insolvenzgläubiger gemäß § 203 InsO, im zweiten zugunsten der Massegläubiger gemäß § 211 Abs. 3 InsO. Die Anlässe für eine Nachtragsverteilung sind in §§ 203 Abs. 1, 211 Abs. 3 Satz 1 InsO eng gefaßt. Nicht genügt 1518

1 Oben Rn. 1465, Rn. 1510.

2 Siehe *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 54, § 4b InsO, Rn. 4, § 4c InsO, Rn. 43 ff.; *Kohte*, in: FrankfKomm, § 4a InsO, Rn. 32 ff.

3 Siehe bereits oben Rn. 1469 ff., 1478.

beispielsweise, daß unversehens eine günstige Versilberungsmöglichkeit für ein Objekt der ehemaligen Masse sichtbar wird, das man für unverwertbar gehalten und deswegen dem Schuldner freigegeben hatte.[4] Nachtragsverteilung ist kein Instrument zur Korrektur ungünstig verlaufener Liquidationsbemühungen.

1519 3. Unbenommen bleibt ein **neues Insolvenzverfahren**. Das allerdings setzt wie die als nächstes anzusprechende Nachforderung[5] voraus, daß der **Schuldner noch existiert**, und zwar oberhalb der sich verflüchtigenden Existenz in konkursbedingter Liquidation.[6]

III. Nachforderung, vor allem der Insolvenzgläubiger

1. Fortbestand der unerledigten Forderungen

1520 Sofern der Schuldner nach Ende des Insolvenzverfahrens noch am Rechtsverkehr teilnehmen, neue Rechte und Pflichten begründen und insbesondere neues Vermögen erwerben kann, ist das bereits erwähnte Nachforderungsrecht der Insolvenzgläubiger[7] von Belang. Es besteht sowohl nach Aufhebung wegen vollständiger Abwicklung (§ 201 Abs. 1 InsO) als auch nach den gesetzlich geregelten Fällen der Einstellung (§§ 201 Abs. 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO). Doch kann Nachforderung gemäß §§ 294, 201 Abs. 3 InsO wegen sich anschließenden Restschuldbefreiungsverfahrens, das den Verlust bei Erteilung der Restschuldbefreiung für alle gleich sein läßt (§ 301 Abs. 1 InsO), auf den Empfang aus der Hand des Treuhänders (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO) beschränkt sein oder aufgrund von Absprachen zwischen Schuldner und Gläubiger, ohne die die Einstellung nicht möglich gewesen wäre.

1521 Nach rechtskräftiger Bestätigung eines Insolvenzplans (§ 248 Abs. 1 InsO) können Ansprüche nur noch plangemäß erhoben werden. Das ist jedoch keine Nachforderung in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung von § 201 InsO. Vielmehr sind das plangemäße Verlangen und seine Befriedigung Durchführung der vom Gesetz abweichenden Befriedigungsregelung gemäß § 1 Satz 1 Fall 2 InsO. Sie entsprechen der Erlösbeteiligung in der gesetzlichen Liquidation (§§ 187 ff. InsO).

1522 **Massegläubigern** und **Neugläubigern** steht das Vorgehen gegen den Schuldner frei, ohne daß dazu § 201 Abs. 1 InsO bemüht werden müßte. Wenn Absonderungsgut noch dem Schuldner gehört und das Absonderungsrecht nicht aufgelöst wurde[8], kann der Berechtigte die Befriedigung wieder in eigener Regie suchen, da die etwaige Verwertungsmacht des Verwalters (§§ 166, 173 Abs. 2, 282, 313 Abs. 3 Satz 3 InsO) vorüber ist. Gelangte der belastete Gegenstand ohne Auflösung des Befriedigungsrechts in dritte Hände, muß der Gläubiger sein Recht dort verfolgen.

2. Fortexistenz des Schuldners

1523 a) Fortexistenz über das Insolvenzverfahren hinaus hat grundsätzlich nur die natürliche Person. Die übrigen in § 11 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 InsO aufgeführten Vermögensträger sind mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst (z.B. der Verein ge-

4 Anders bei unverhofftem Überschuß aus der Verwertung durch den Absonderungsgläubiger. Siehe oben Rn. 1471.

5 Unten Rn. 1520 ff.

6 Siehe unten Rn. 1523 ff.

7 Oben Rn. 1478.

8 Siehe zur Verwertung unter Auflösung oder Fortbestand des Befriedigungsrecht oben Rn. 1393 ff., 1398 ff.

mäß § 42 Abs. 1 Satz 1 BGB, die Stiftung nach §§ 42 Abs. 1 Satz 1, 86 Satz 1 BGB, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 728 Abs. 1 Satz 1 BGB, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 GmbHG). Nur während der Abwicklung waren sie noch als bestehend anzusehen. Diese Existenz schwand aber mit allmählicher Auflösung ihres Vermögens dahin. Sie können nicht wie die natürliche Person außerhalb des Insolvenzverfahrens im Markt bleiben (was der Regelung über den Neuerwerb in § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO überhaupt erst ihren Sinn gibt) oder zumindest ohne weiteres wieder in den Markt eintreten.

b) Die Eröffnung des Nachlaßinsolvenzverfahrens (§§ 11 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1, 315 ff. InsO) oder des Verfahrens über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 11 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2, 332 InsO) hebt die Existenz des Erben ebensowenig auf wie die der Erbengemeinschaft oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Wenn allerdings die gemeinsam (in Erbengemeinschaft oder in fortgesetzter Gütergemeinschaft) gehaltene Vermögensmasse bei Beendigung des Insolvenzverfahrens tatsächlich vollständig aufgelöst ist, hat das dieselbe Wirkung wie die freiwillige Auseinandersetzung (§ 2042 BGB) beziehungsweise Aufhebung und Auseinandersetzung (§§ 1492, 1497 Abs. 1 BGB). Die Erbengemeinschaft oder die fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht nun nicht mehr. 1524

Die **Gütergemeinschaft** erleidet weder durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das gemeinsam verwaltete Gesamtgut (§§ 11 Abs. 2 Nr. 2 Fall 3, 333 f. InsO) noch durch vollständige Abwicklung Auflösung. Sie kann wie die einzelne natürliche Person neues Vermögen während des Verfahrens und nach dem Verfahren bilden. 1525

c) Die Privatautonomie gestattet es den Mitgliedern einer bereits in Liquidation getretenen **Gesellschaft**, die **Fortsetzung** zu beschließen, solange noch keine Vermögensverteilung an die Gesellschafter stattfand[9] (was beim Konkurs gemäß § 199 Satz 2 InsO an letzter Stelle steht und deshalb kaum je zu erwarten ist). Die Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens macht hiervon keine Ausnahme. Ausdrückliche gesetzliche Regelung (z.B. in §§ 728 Abs. 1 Satz 2 BGB, 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) stellt dies für den Fall der Einstellung auf Schuldnerantrag (§§ 212 Satz 1, 213 InsO) oder der Aufhebung nach Bestätigung eines Fortbestand vorsehenden Insolvenzplans (§ 258 Abs. 1 InsO) klar. Den Fall der Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach Totalliquidation (§ 200 Abs. 1 InsO) erwähnen die ausdrücklichen Regelungen nicht, weil es nun angesichts der restlosen Verteilung des Gesellschaftsvermögens für eine Fortsetzung zu spät ist. Denkbar wäre noch ein Fortsetzungsbeschluß vor Beendigung der Totalliquidation, ohne daß Einstellung auf Schuldnerantrag oder Aufhebung nach bestätigtem Insolvenzplan folgen. Doch müßte dazu zumindest der Auflösungsgrund entfallen[10], beispielsweise durch Zufuhr von neuem Eigenkapital. Die Entscheidung der Gesellschafter zur Fortsetzung ist nämlich nicht prinzipiell stärker als die Entscheidung des Gesetzgebers, daß die Konkurseröffnung die Liquidation der Gesellschaft bedeutet. 1526

Fortsetzung hält die Gesellschaft wie die natürliche Person identitätswahrend im Markt. Sie ist dann, soweit die Gläubiger nicht Verzicht leisteten, der Nachforderung (im Falle des Insolvenzplans der Plandurchführung) ausgesetzt. Ohne forderungsmindernde Verständigung mit den Gläubigern ist eine Fortsetzung deswegen äußerst unwahrscheinlich. Unbenommen blieb den Gesellschaftern, die bei Fortsetzung unveränderte Forderungen befürchten müßten, allerdings eine Neugründung. Die neue Gesellschaft konnte insbesondere bei der Verwertung zur Liquidation der alten Gesellschaft als Erwerber auftreten. 1527

3. Wiederhergestellte Durchsetzbarkeit der Insolvenzforderung

Das Nachforderungsrecht ist nichts anderes als Wiederherstellung individueller Rechtsverfolgung. Die individuelle Rechtsdurchsetzung brach zwar zugunsten der 1528

9 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 315.

10 Beseitigung des Auflösungsgrundes als allgemeine Voraussetzung eines Fortsetzungsbeschlusses bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 315.

gemeinschaftlichen Befriedigung ab[11]. Doch schloß das spätere **Wiederherstellung des Befriedigungswettlaufes** nicht aus[12]. Und so wie die Forderung im Augenblick der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugleich mit ihrer Durchsetzbarkeit ihre Entwicklungsfähigkeit einbüßte[13], gewinnt sie sie mit dem Ende des Insolvenzverfahrens wieder zurück (sofern sie das nicht schon nach den Regeln über schwebende Geschäfte tat, als sie z.B. durch Erfüllungswahl gemäß §§ 103 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 InsO zur Masseschuld wurde). Die Forderung behält zwar ihren als Insolvenzforderung gemäß §§ 41, 45 f. InsO erlangten Zuschnitt.[14] Anläßlich der Konkurseröffnung in Geldforderungen umgerechnete Nichtgeldforderungen bleiben Geldforderungen. Es können sich aber nun wieder Nebenforderungen anhäufen, insbesondere Zinsen wegen (schon vor Eröffnung eingetretenen oder wegen erst nach dem Insolvenzverfahren eintretenden) Schuldnerverzuges (§ 288 BGB). Sollten während des Insolvenzverfahrens Entwicklungsschritte mit Wirkung nur gegenüber Dritten getan worden sein[15], so haben diese ab Ende des Insolvenzverfahrens auch Geltung gegen den Gemeinschuldner. Und nach wie vor kann die Forderung noch an auflösender Bedingung scheitern (was die Rückzahlung schon gemäß § 42 InsO erlangter Erlöse in die Masse und anschließende Nachtragsverteilung gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 2 InsO auslöst).

4. Gerichtliche Verfolgung

1529 a) Zur Nachforderung zählt ohne weiteres auch die gerichtliche Verfolgung. Unterbrochene (§ 240 ZPO) und mangels Aufnahme während des Insolvenzverfahrens in diesem Zustand gebliebene Prozesse können von jeder Seite gemäß § 250 ZPO aufgenommen werden. Ein Rechtsschutzbedürfnis hat das Aufnahmegesuch allerdings nur, wenn es nicht schon im Insolvenzverfahren zur Feststellung ohne Schuldnerwiderspruch (§ 178 Abs. 1 InsO) kam. Auch ein erstmaliges Verfahren um eine ohne Schuldnerwiderspruch festgestellte Forderung ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Denn wenn die Forderung ohne Schuldnerwiderspruch festgestellt wurde, hat der Gläubiger mit dem Tabelleneintrag bereits eine Vollstreckungsgrundlage (§§ 201 Abs. 2 Satz 1, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO). Dabei ist gemäß § 201 Abs. 2 Satz 2 InsO gleichgültig, ob der feststellende Tabelleneintrag das Ergebnis schon des Prüfungstermins ist (§ 178 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 InsO), weil niemand widersprach oder ein Widerspruch noch im Prüfungstermin beseitigt werden konnte, oder ob ein Widerspruch erst später überwunden wurde und dann der Tabelleneintrag eine Berichtigung darstellte (§ 183 Abs. 2 InsO; ggfs. entsprechend nach Feststellung gemäß § 184 Abs. 1 Satz 1 InsO[16]).

1530 b) In den Genuß des Tabelleneintrages werden die nachrangigen Gläubiger freilich kaum je gelangen. Sie waren regelmäßig nicht zur Anmeldung aufgefordert (vgl. § 174 Abs. 3 Satz 1 InsO). Sofern sie nicht schon vor dem Insolvenzverfahren einen Titel erzielt hatten, können sie nun ein Verfahren wegen ihrer Forderung anstrengen.

11 Oben Rn. 210.
12 Siehe bereits oben Rn. 1279, Rn. 1476 ff. (§ 32).
13 Siehe oben Rn. 1101 und Rn. 1109 f.
14 *Kießner*, in: *Braun*, § 201 InsO, Rn. 14.
15 Siehe oben Rn. 1110.
16 *G. Pape*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 184 InsO, Rn. 2

c) Auch Massegläubiger, Absonderungsgläubiger als solche und Neugläubiger setzen mangels Feststellung ihrer Ansprüche zur Tabelle begonnene Einzelverfahren fort oder beginnen solche neu. 1531

5. Zwangsvollstreckung

a) Der Insolvenzgläubiger kann (vorbehaltlich der Vollstreckungssperre eines Restschuldbefreiungsverfahrens gemäß § 294 Abs. 1 InsO) wieder zur Zwangsvollstreckung schreiten, was ihm während des Insolvenzverfahrens gemäß §§ 87, 89 Abs. 1 InsO untersagt war. Erzielte er Feststellung ohne Schuldnerwiderspruch oder mit nachträglicher Überwindung des Schuldnerwiderspruchs, dient der **Tabelleneintrag** (falls das Verfahren so weit gedieh) als **Vollstreckungstitel** (§§ 201 Abs. 2, 215 Abs. 2 Satz 2 InsO), weil er einem rechtskräftigen Urteil gleichsteht (§ 178 Abs. 3 InsO).[17] Die vollstreckbare Ausfertigung mit der Vollstreckungsklausel (§§ 724 f. ZPO) erteilt das Insolvenzgericht (vgl. § 201 Abs. 2 Satz 3 InsO).[18] 1532

b) Dabei erhebt sich die Frage, ob er einen schon vor dem Insolvenzverfahren erlangten Titel nun noch einsetzen kann. Das Problem liegt zum einen in etwaiger Veränderung der Forderung durch die Eröffnung (§§ 41, 45 f. InsO) begründet, zum anderen in der Existenz des Tabelleneintrages als eines zweiten Titels. Herrschender Meinung zufolge soll der alte Titel durch den Tabelleneintrag »aufgezehrt« sein[19]. Dafür gibt das Gesetz allerdings wenig Anlaß. Es genügt, etwaiger Inaktualität des alten Titels mit der Abwehrklage (§ 767 Abs. 1 ZPO) zu begegnen, wenn die Vollstreckung über das Ziel hinauszuschießen droht. Selbst der Tabelleneintrag ist nicht notwendig auf dem neuesten Stand. Die Forderung kann sich nämlich durch Erlösauskehr (§ 187 Abs. 2 Satz 1 InsO) reduziert haben. Auch hier bedarf es der Vollstreckungsgegenklage, wenn der Gläubiger zu weit geht. Nahm der Gläubiger gar nicht an der Anmeldung teil oder stieß er auf Widerspruch, der die Feststellung zur Tabelle vereitelte, entfällt das Problem der Doppeltitulierung. In diesen Fällen wird dem Gläubiger die Nutzung des Titels aus der Zeit vor dem Konkurs leichter zugestanden[20] – trotz des Problems etwaiger Forderungsänderung nach §§ 41, 45 f. InsO. 1533

c) Für einige Rechtsbehelfe bei Benutzung des Tabelleneintrags als Vollstreckungstitel macht § 202 InsO das Insolvenzgericht oder das ihm übergeordnete Landgericht zuständig. Insbesondere betrifft das die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO (§ 202 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Bei der Vollstreckungsgegenklage ist auf die Präklusion in entsprechender Anwendung von § 767 Abs. 2 ZPO zu achten. Die Gleichsetzung des Tabelleneintrags über die Feststellung mit einem rechtskräftigen Urteil (§§ 178 Abs. 3, 201 Abs. 2 Satz 1 InsO) schirmt die festgestellte Forderung gegen Überprüfung in der Vergangenheit ab. Nur Änderungen nach dem Zeitpunkt der Feststellung sind relevant,[21] insbesondere solche aus Absprachen oder aus teilweiser Befriedigung. 1534

d) Der Tabelleneintrag kann nach hier vertretener Ansicht kraft europäischen Rechts auch im Ausland genutzt werden[22]. 1535

e) Massegläubiger führen einen eventuell gegen den Verwalter erstrittenen Titel nach Umschreibung (§ 727 ZPO analog) gegen den Schuldner. 1536

f) Vermögen, in das die Gläubiger hinein die Zwangsvollstreckung betreiben können, stammt vor allem aus Neuerwerb, der nun nicht mehr gemäß § 35 Abs. 1 Fall 2 InsO in die Masse fällt. In Frage kommen aber auch Massebestandteile, die der Verwalter 1537

17 Siehe bereits oben Rn. 1279 f., Rn. 1476 ff. (§ 32) und Rn. 1529.
18 *Hintzen*, in: MünchKomm, § 201 InsO, Rn. 26 ff.
19 *Hintzen*, in: MünchKomm, § 201 InsO, Rn. 37; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 201 InsO, Rn. 9.
20 *Hintzen*, in: MünchKomm, § 201 InsO, Rn. 35 f.
21 *Hintzen*, in: MünchKomm, § 202 InsO, Rn. 4; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, § 202 InsO, Rn. 10.
22 Siehe oben Rn. 1301.

wegen seinerzeit geringer Versilberungsaussicht irgendwann im Verlaufe des Verfahrens, eventuell nach Beschluß der Gläubigerversammlung am Ende (§ 197 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO), an den Schuldner freigab.

1538 Massegläubiger, Absonderungsgläubiger und Neugläubiger vollstrecken auch unter laufendem Restschuldbefreiungsverfahren, da die Sperre des § 294 Abs. 1 InsO nicht ihnen gilt. Empfindlich verknappt ist die den Masse- und den Neugläubigern greifbare Habe allerdings durch die Abtretung der Arbeitseinkünfte (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO) und die hälftige Herausgabe von Ererbtem oder Gleichgestelltem (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO) an den Treuhänder, welcher nur Insolvenzgläubiger bedient (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der Selbstbehalt des Schuldners wächst allerdings mit der Zeit (§ 292 Abs. 1 Satz 4 InsO).

6. Erneutes Insolvenzverfahren

1539 Mit dem Ende des Insolvenzverfahrens entsteht sofort Raum für ein **neues Insolvenzverfahren** (von Behinderung durch ein Restschuldbefreiungsverfahren abgesehen[23]). Daran beteiligen sich nicht nur die früheren Insolvenzgläubiger wegen ihrer restlichen Ansprüche als Insolvenzgläubiger. Auch die ehemaligen Massegläubiger und die Neugläubiger sind nun Insolvenzgläubiger. Nur die Absonderungsgläubiger sind, wenn ihr Befriedigungsrecht noch bestehen sollte, wiederum Absonderungsgläubiger, falls sich das Haftobjekt noch im Vermögen des Schuldners befindet. Ist allerdings gegenüber dem Zeitpunkt, zu dem das vorangegangene Insolvenzverfahren eröffnet wurde, noch keine neue Schuld hinzugekommen, fehlt einem neuen Eröffnungsantrag das Rechtsschutzbedürfnis[24]. Das behindert auch den Schuldner selbst, der einen Antrag auf Restschuldbefreiung zu stellen versäumt hatte und dies nun mit einem zweiten Konkurs nachholen möchte[25].

1540 Das neue Insolvenzverfahren wird wiederum Restschuldbefreiung ermöglichen. Dabei ist jedoch auf die Mindestwartezeit von zehn Jahren seit einer früheren Erteilung oder Versagung zu achten (§ 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Je nach Geschwindigkeit, mit der es zum zweiten Insolvenzverfahren kommt und mit der dieses zum Ende gelangt, kann sich die Wartezeit für den Schuldner noch spürbar verlängern. Denn wenn er auf ein drittes Insolvenzverfahren angewiesen ist, braucht auch dieses seine Zeit.

IV. Wohlverhalten und Restschuldbefreiung

1541 Ist der Schuldner natürliche Person, wird ihm gewöhnlich die Restschuldbefreiung (§§ 1 Satz 1, 286, 301 Abs. 1 Satz 1 InsO) das wichtigste Ziel sein. In ihren Genuß gelangen sowohl Verbraucher als auch Unternehmer. Das **Verfahren zur Restschuldbefreiung** kommt erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens in Gang, und zwar nur nach Aufhebung wegen Erledigung der Schlußverteilung gemäß § 200 Abs. 1 InsO oder nach Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit gemäß § 211 Abs. 1 InsO (siehe §§ 286, 289 Abs. 3 Satz 1 InsO). Die Weiche stellt das Insolvenzgericht aber noch vor der Beendigung: Im Schlußtermin hört das Gericht Gläubiger und Verwalter zum Befreiungsantrag des Schuldners (§ 289 Abs. 1 Satz 1 InsO) und beschließt noch vor der Aufhebung (§ 289 Abs. 2 Satz 2 InsO) oder der Einstellung (§ 289 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 3 InsO), ob es dem Schuldner die Restschuldbefreiung ankündigt (§ 291

23 Siehe unten Rn. 1579.

24 BGH, Beschluß vom 6. Juli 2006 – IX ZB 263/05, DZWIR 2006, 516, 517.

25 Siehe BGH, DZWIR 2006, 516, 517. Anders AG Göttingen, Beschluß vom 27. April 2005 – 74 IN 130/05, NZI 2005, 398.

Abs. 1 InsO) oder sie von vornherein versagt (§ 290 Abs. 1 InsO). Im Falle der Masseunzulänglichkeit kann es sein, daß auf einen Schlußtermin eigens wegen des Antrages auf Restschuldbefreiung geladen wird[26].

Restschuldbefreiung nach einem deutschen Hauptinsolvenzverfahren wirkt **gemeinschaftsweit** (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe k EuInsVO). Schuldbefreiung nach einem Territorialverfahren hindert gemäß Art. 17 Abs. 2 Satz 2, 34 Abs. 2, 36 EuInsVO den Zugriff auf auswärtiges Vermögen nur zu Lasten solcher Gläubiger, welche der Beschneidung (selbst oder durch den Verwalter des Hauptverfahrens) zustimmten. Die in einem deutschen Territorialverfahren erteilte Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO kann demnach keine gemeinschaftsweite Wirkung haben. Denn sie fußt nicht auf einer Zustimmung der Gläubiger, sondern allein auf Gerichtsbeschluß. Ein Gläubiger stimmt nicht schon dadurch zu, daß er sich eines Antrages auf Versagung (vgl. §§ 290, 296 f., 300 Abs. 2, 314 Abs. 3 Satz 2 InsO) enthält oder keine Beschwerde nach Ankündigung oder Gewährung (§§ 289 Abs. 2 Satz 1, 300 Abs. 3 Satz 2 InsO) einlegt. Konsequenterweise schließt § 355 Abs. 1 InsO für das deutsche Territorialverfahren die Restschuldbefreiung gänzlich aus. Das hält den Zugriff auf Schuldnervermögen nicht nur in den übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft offen, sondern weltweit. 1542

1. Antrag auf Restschuldbefreiung

a) Restschuldbefreiung kündigt das Gericht nur an und gewährt sie später nur, wenn der Schuldner sie beantragt (§ 287 Abs. 1 Satz 1 InsO). Das Insolvenzverfahren bietet nur die Gelegenheit zur Restschuldbefreiung (§ 1 Satz 2 InsO), nötigt sie aber dem Schuldner nicht gegen seinen Willen auf. Gleichgültig ist meiner Ansicht nach, ob der Schuldner das Insolvenzverfahren anstieß oder ein Gläubiger. Der **Antrag auf Restschuldbefreiung** muß allerdings schon mit dem Eröffnungsantrag (§§ 287 Abs. 1 Satz 1, 305 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 InsO) oder kurz darauf (§§ 287 Abs. 1 Satz 2, 305 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, Abs. 3 InsO) bei Gericht eingehen. Das Gericht weist den Schuldner auf den Zusammenhang zwischen Insolvenzverfahren und Restschuldbefreiung hin (§ 20 Abs. 2 InsO). Der Antrag auf Restschuldbefreiung eröffnet die weitere Möglichkeit, Stundung der Verfahrenskosten zu beantragen (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO). 1543

b) Nach herrschender Meinung ist Restschuldbefreiung nur möglich, wenn der Schuldner selbst einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte[27]. Dies geht auf Äußerungen des Entwurfverfassers zu einer Änderung von § 287 InsO[28] zurück. Diese Koppelung des Antrags auf Restschuldbefreiung an einen Eigenantrag schlug sich jedoch weder im ursprünglichen noch im Gesetzeswortlaut nieder. § 287 Abs. 1 Satz 1 InsO sagt nur, daß der Antrag auf Restschuldbefreiung mit dem Eigenantrag verbunden werden soll. § 287 Abs. 1 Satz 2 InsO gestattet aber auch eine zeitliche Trennung. Überdies empfindet die Rechtsprechung die in § 287 Abs. 1 Satz 2 InsO bestimmte zweiwöchige Frist zur Ergänzung des Eigenantrages um einen Befreiungsantrag nicht als Ausschlußfrist.[29] Die Regelung zwingt nicht zu der Annahme, daß überhaupt ein Eigenantrag vorliegen muß. Auch aus § 306 Abs. 3 Satz 1 InsO, wonach das Gericht dem Schuldner im Kleinverfahren Gelegenheit zum Eigenantrag einräumt, geht die Notwendigkeit des Eigenantrages nicht hervor. Die Gelegenheit zum Eigenantrag hat schon darin ihren Sinn, daß der Schuldner in geeigneten Fällen die Schuldenbereinigung nach §§ 305 ff. InsO versuchen kann. 1544

Es wäre auch nicht einzusehen, warum für das Regelverfahren, das doch ebenfalls zur Restschuldbefreiung führt und dem ebenfalls ein Hinweis auf die Befreiungsmöglichkeit gemäß § 20 1545

26 Siehe oben Rn. 1492.

27 BGH, Beschluß vom 17. Februar 2005 – IX ZB 176/03, DZWIR 2005, 216, 217; *Buck*, in: *Braun*, § 287, Rn. 9; *Grote*, NJW 2001, 3665.; *Smid*, in: *Smid*, Kommentar, § 4a InsO, Rn. 5; *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 287 InsO, Rn. 10; *Wenzel*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 287 InsO, Rn. 3a.

28 Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/5680, S. 28.

29 BGH, Beschluß vom 25. September 2008 – IX ZB 1/08, ZInsO 2008, 1138.

Abs. 2 InsO vorangeht, eine Gelegenheit zum Eigenantrag nach Fremdantrag nicht geboten wird. Man könnte nun noch einwenden, daß der Schuldner Restschuldbefreiung nicht mühelos verdient, sondern eigene Initiative zeigen muß[30]. Aber dazu hat er während des Restschuldbefreiungsverfahrens angesichts der ihn treffenden Obliegenheiten (§ 295 InsO) genügend Gelegenheit. Und auch vor dem Insolvenzverfahren sowie während dessen hat der Schuldner, will er Ankündigung der Befreiung erreichen, etliche Verhaltensregeln zu achten (§ 290 Abs. 1 InsO). Warum vom Kleininsolventen mit dem bei Eigenantrag unausweichlichen Schuldenbereinigungsversuch mehr verlangt werden soll als vom Regelinsolventen, ist unter dem Gesichtpunkt der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht einzusehen.

1546 c) Wünscht der Schuldner keine Restschuldbefreiung, so schweigt er zum eigenen oder fremden Antrag auf ein Regelverfahren oder zum Fremdantrag auf ein Kleinverfahren. Zum Eigenantrag auf Kleinverfahren hingegen wird seine ausdrückliche Erklärung erwartet, daß keine Restschuldbefreiung gewährt werden möge (§ 305 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 InsO).

2. Abtretungserklärung

1547 a) Der Schuldner erklärt bei seinem Antrag auf Restschuldbefreiung, daß er seine **Arbeitseinkünfte** und sie ersetzende Ansprüche für die Dauer von **sechs Jahren** ab Eröffnung an den später vom Gericht für das Restschuldbefreiungsverfahren (im Kleininsolvenzverfahren gemäß § 313 Abs. 1 Satz 2 InsO schon für dieses) zu berufenden **Treuhänder abtrete** (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO). Der Treuhänder gewinnt hieraus die Mittel für seine Aufgabe, nach dem Insolvenzverfahren den Gläubigern jährlich Quoten auf ihre Forderungen zu zahlen (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO). Die Abtretung beschränkt sich auf die pfändbaren Teile der Einkünfte (§ 287 Abs. 1 Satz 2 InsO). Dies entspricht dem Zusammenhang von Abtretbarkeit und Pfändbarkeit in §§ 400 BGB, 850 ff. ZPO.

1548 b) Die Wirkung der Abtretungserklärung ist nicht leicht zu verstehen. Der Forderungsübergang vollzieht sich durch sie, nicht durch Hoheitsakt.[31] Den in der Abtretungserklärung unbenannt angesprochenen Treuhänder gibt es zum Zeitpunkt der Erklärung noch nicht. Gewöhnlich ist Abtretung ein Vertrag (§ 398 BGB), bedarf also des Austausches von Willenserklärungen. Eine einseitige Erklärung zur Übertragung einer Forderung ist dem bürgerlichen Recht fremd. Der Treuhänder müßte, soll die Abtretung unter § 398 BGB fallen, die Abtretungserklärung erst noch empfangen und seinerseits die Annahme erklären. Erleichternd könnte man gemäß § 151 Satz 1 BGB auf die Äußerung des Treuhänders verzichten und sich mit Bildung entsprechenden Willens begnügen. Zur weiteren Erleichterung könnte man das Insolvenzgericht als kraft Gesetzes vertretungsbefugt (§ 164 BGB) oder mit Botenmacht ausgestattet ansehen, so daß der Austausch der Willenserklärungen sich im Augenblick der Treuhänderbestellung vollziehen kann. Alternative zur Konstruktion eines Abtretungsvertrages ist die Annahme, daß die Abtretungserklärung eine Prozeßhandlung oder eine bürgerlich-rechtliche Erklärung eigener Art darstelle, die einseitig bleibend ihre Wirkung entfaltet, sobald das Gericht den Treuhänder bestellt.[32]

1549 Die Frage kann letztlich auf sich beruhen, solange nur Einigkeit darin besteht, daß die Abtretungswirkung im Augenblick der Bestimmung des Treuhänders eintritt.[33] Dieser Zeitpunkt ist freilich sehr verschieden, je nachdem, ob es sich um ein Regelinsolvenzverfahren handelt (Bestimmung am Ende gemäß § 292 Abs. 2 InsO) oder um ein Kleininsolvenzverfahren (Bestimmung am Anfang gemäß § 313 Abs. 1 Satz 2 InsO).

30 *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 287, Rn. 7.

31 OLG Zweibrücken, Beschluß vom 30. Januar 2002 – 3 W 235/01, ZInsO 2002, 287, 288.

32 Zu den Meinungsverschiedenheiten im Verständnis der Abtretungserklärung siehe *Lang*, in: *Braun*, § 287 InsO, Rn. 18 ff.; *Haarmeyer*, in: *Smid*, Kommentar, § 287 InsO, Rn. 10; *Ahrens*, in: Frankf-Komm, § 287 InsO, Rn. 23 ff.; *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 287 InsO, Rn. 38 f.

33 Auch dies ist allerdings umstritten. *Pape/Uhlenbruck*, Rn. 947, sehen die Abtretung erst dann als wirksam an, wenn der Treuhänder durch Amtsübernahme seinen Annahmewillen erkläre.

c) Der Schuldner tritt nicht seine sämtlichen Forderungen an den Treuhänder ab. Der Treuhänder wird kein Verwalter aller Ansprüche des Schuldners oder gar des gesamten Schuldnervermögens sein. 1550

d) Ob das **Dienstverhältnis**, dem die Arbeitseinkünfte entspringen, schon bei der Abtretung besteht, ist gleichgültig. Es kommt nur darauf an, daß die Bezüge für die Zeit nach Beendigung des Insolvenzverfahrens anfallen. Das zugrundeliegende Dienstverhältnis kann ein schon kontinuierlich aus der Zeit vor der Abtretungserklärung unterhaltenes sein, ein zwischen Erklärung und Verfahrenseröffnung neu eingegangenes, ein während des Insolvenzverfahren neu begründetes oder eines, das der Schuldner erst während des Restschuldbefreiungsverfahrens aufnimmt. 1551

Dabei kann dahinstehen, ob man sich die Abtretung der Entgeltforderung aus schon bestehendem Dienstverhältnis als Abtretung einer gegenwärtigen, lediglich noch nicht fälligen, Forderung vorstellen muß oder als eine Vorausabtretung, so wie es sich auf jeden Fall wegen der Einkünfte aus erst noch zu begründenden Dienstverhältnissen um eine Vorausabtretung handelt. Gleichgültig ist auch, ob das Dienstverhältnis ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches ist. 1552

Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit sind keine Einkünfte aus einem Dienstverhältnis im Sinne von § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO. Der Gemeinschuldner wird die während des Restschuldbefreiungsverfahrens anfallenden Einkünfte im Umfang angemessener Dienstbezüge an den Treuhänder abführen (§ 295 Abs. 2 InsO). 1553

e) **Frühere Verfügungen des Schuldners** über seine Einkünfte und auch Verfügungen zwischen Abtretungserklärung und Wirksamwerden dieser Erklärung, ferner Aufrechnungen stören die Bedienung der Gläubiger durch den Treuhänder. Das Gesetz sorgt mit einem ganzen Kranz von Regelungen dafür, daß die Einkünfte nahezu ungeschmälert dem Restschuldbefreiungsverfahren vorbehalten bleiben: 1554

aa) Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert der Schuldner die Verfügungsgewalt nicht nur über die in die Masse fallenden Bezüge (§ 80 Abs. 1 InsO). Vielmehr sind auch für die Zeit nach dem Konkurs die Einkünfte nicht anders als an den Treuhänder abtretbar (§ 81 Abs. 2 InsO). Schon während des Eröffnungsverfahrens kann die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters dem Schuldner die Abtretung auch für die Zeit nach dem Insolvenzverfahren unmöglich machen (§§ 81 Abs. 2, 24 Abs. 1 InsO). 1555

Unbeschadet vorläufiger Verfügungsbeschränkung wirken Abtretungen und Verpfändungen, die der Schuldner vor der Eröffnung vornimmt, höchstens für die Zeit von zwei Jahren nach dem Eröffnungsmonat (§ 114 Abs. 1 InsO). 1556

bb) Aufrechnung während des Insolvenzverfahrens gestattet § 114 Abs. 2 Satz 1 InsO dem Dienstberechtigten nur für denselben Zeitraum, für den nach § 114 Abs. 1 InsO die ältere Abtretung Bestand hat. Hinzu kommen die allgemeinen Schranken der Aufrechnungsbefugnis während des Insolvenzverfahrens (§§ 96 Abs. 1 Nr. 2 bis 4, 114 Abs. 2 Satz 2 InsO). Diese Beschränkung der Aufrechnung verlängert § 294 Abs. 3 InsO in das Restschuldbefreiungsverfahren hinein. 1557

cc) Eine Pfändung der Einkünfte weicht ebenfalls der Abtretung an den Treuhänder (§ 114 Abs. 3 Sätze 1 und 2 InsO). Nach Eröffnung ist auch Gläubigern, die nicht Insolvenzgläubiger sind und deswegen die Exklusivität der Gesamtvollstreckung (§§ 87, 89 Abs. 1 InsO) nicht respektieren müssen, die Pfändung der in der Zukunft liegenden Einkünfte verwehrt (§ 89 Abs. 1 Satz 1 InsO). Außerdem gilt für Pfändungen vor Eröffnung die allgemeine Rückschlagsperre (§§ 88, 312 Abs. 1 Satz 3, 114 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 InsO). 1558

dd) Rechtshandlungen des Schuldners, welche die Nutzbarkeit der Einkünfte für das Restschuldbefreiungsverfahren beeinträchtigen, sind gemäß §§ 129 ff. InsO anfechtbar. Dazu zählen insbesondere Abtretung, Verpfändung und Pfändung (§ 141 InsO). 1559

1560 ee) Die Abtretung an den Treuhänder scheitert gemäß § 287 Abs. 3 InsO nicht an rechtsgeschäftlichen Beschränkungen der Abtretbarkeit. Die Regelung hat Ähnlichkeit mit § 851 Abs. 2 ZPO, wonach ein gemäß § 399 BGB vereinbartes Abtretungsverbot die Forderung nicht gegen die Pfändung immunisiert.

1561 ff) Der Schuldner teilt vorsorglich frühere Abtretungen mit (§ 287 Abs. 2 Satz 2 InsO). Dadurch erfahren Gläubiger und Treuhänder frühzeitig, gegenüber wem auf Vorrang des Restschuldbefreiungsverfahrens zu beharren ist.

3. Ankündigung oder sofortige Versagung

1562 a) Insolvenzverfahren und Verfahren zur Restschuldbefreiung sollen nahtlos aufeinander folgen. Daher **entscheidet** das Insolvenzgericht schon **vor Beendigung des Insolvenzverfahrens**, ob in das Restschuldbefreiungsverfahren eingetreten werden kann.[34] Verzichtete das Gericht im Kleinverfahren auf Verwertung (§ 314 Abs. 1 Satz 1 InsO), so wartet es auch ab, ob die im Gegenzuge festgesetzte (§ 314 Abs. 1 Satz 2 InsO) Einzahlung eintrifft (§ 314 Abs. 3 Satz 1 InsO). Die Entscheidung ist **beschwerdefähig** (§ 289 Abs. 2 Satz 1 InsO). Erst nach Rechtskraft dieser Entscheidung hebt es das Insolvenzverfahren auf oder stellt es ein (§ 289 Abs. 2 Satz 2, 289 Abs. 3 Satz 2 InsO). Die Kundmachung geschieht gemeinsam (§ 289 Abs. 2 Satz 3 InsO).

1563 b) Die Entscheidung über den Befreiungsantrag ist im Kleinverfahren nicht dadurch präjudiziert, daß das Gericht den Treuhänder bereits zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestimmte (§ 313 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der Treuhänder des Kleinverfahrens wurde auch nicht schon bei Eröffnung Inhaber der gemäß § 287 Abs. 2 Satz 1 InsO zedierten Forderungen. Im Kleinverfahren läßt wie im Regelverfahren erst der Befreiung ankündigende Beschluß des Gerichts die Einkünfte auf den Treuhänder übergehen. Ein Unterschied besteht nur insofern, als das Gericht im Regelverfahren erst jetzt, im Ankündigungsbeschluß, den Treuhänder bestimmt (§ 291 Abs. 2 InsO), während das beim Kleinverfahren nicht mehr notwendig ist und sich dort nur das Amt des Treuhänders verlängert[35]. Der Treuhänder nach dem Regelverfahren kann mit dem bisherigen Insolvenzverwalter personengleich sein. Umgekehrt kann der Treuhänder des Kleinverfahrens zu Beginn des Restschuldbefreiungsverfahrens nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 59, 313 Abs. 1 Satz 3 InsO) ausgewechselt werden.

1564 c) **Versagt** das Gericht die Restschuldbefreiung, bleibt die Abtretungserklärung wirkungslos. Das Amt des Insolvenzverwalters oder des Treuhänders für das Kleinverfahren läuft so aus, als ob der Schuldner Restschuldbefreiung nie beantragt hätte. Das Gericht versagt nur auf Antrag eines Insolvenzgläubigers und nur aus gesetzlich bestimmten Gründen, die den Schuldner als nicht der Befreiung würdig erscheinen lassen (§§ 290, 314 Abs. 3 Satz 2 InsO). Jeder einzelne Insolvenzgläubiger hat hier eine erhebliche Macht. Der Versagungsantrag bedarf keiner Unterstützung durch eine Mehrheit der Gläubigerversammlung.

1565 Die Versagung schon vor Beginn des Befreiungsverfahrens hindert (anders als gemäß § 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Versagung im laufenden Befreiungsverfahren) die Ankündigung in einem kurz darauf folgenden neuen Konkurs nicht. Sie vernichtet auch nicht etwa rückwirkend den Eröffnungsbeschluß oder den Beschluß zur Kostenstundung. Allerdings kann das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen die Stundung aufheben (§ 4c Nr. 5 Fall 1 InsO). Sobald nach der Versagung Aufhebung oder Einstellung folgt, können die Insolvenzgläubiger ungehindert nachfordern.

34 Oben Rn. 1541.

35 Anders *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 288 InsO, Rn. 6, erneute Bestellung für nötig haltend.

4. Wohlverhalten

a) Kündigte das Gericht die Restschuldbefreiung an, beginnt mit Ende des Insolvenzverfahrens das Restschuldbefreiungsverfahren. Es dauert bis zum Ende der für die Abtretung der Arbeitseinkünfte bestimmten Laufzeit von sechs Jahren seit Konkurseröffnung (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO), sofern nicht schon vorher (§ 299 InsO) das Gericht doch noch Versagung beschließt (§§ 296–298 InsO). Der Treuhänder legt dem Arbeitgeber die Zession offen (§ 292 Abs. 1 Satz 1 InsO) und zieht so unmittelbar die abgetretenen Dienstvergütungen auf ein Anderkonto ein. Das Befreiungsverfahren ist für den Schuldner eine Periode des Wohlverhaltens, in welcher er durch Beachtung von Obliegenheiten (§ 295 InsO) beweisen muß, der Befreiung würdig zu sein. Diese **Wohlverhaltensperiode**[36] ist länger oder kürzer, je nachdem, wieviel Zeit von den sechs Jahren schon vor Ende des Insolvenzverfahrens verstrich. 1566

b) Die bedeutsamste Obliegenheit des Schuldners ist, einer **Erwerbstätigkeit** nachzugehen oder sich zumindest nachhaltig um Beschäftigung zu bemühen (§ 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die tatsächlich geübte Erwerbstätigkeit kann selbständige oder abhängige sein, die gesuchte ist stets eine abhängige. Die geübte oder gesuchte Erwerbstätigkeit muß eine angemessene sein. Angemessen können auch Tätigkeiten sein, die dem bisherigen Beruf des Schuldners fremd sind. Arbeitslosigkeit trotz Arbeitssuche ist keine Obliegenheitsverletzung. § 295 InsO formuliert keine Obliegenheit, zur Not den Sprung in die Selbständigkeit zu wagen. Eine solche Obliegenheit wäre, wo nicht eigener Antrieb und Begabung den Schuldner in die Selbständigkeit führt, kaum dazu geeignet, den Schuldner wieder in den Markt einzugliedern, sondern würde den Ruin verstetigen. 1567

Wer wirklich selbständig arbeitet, gewinnt einen Vorteil, der mit einem Risiko gepaart ist: Der Selbständige trat zwar Arbeitseinkünfte ab, bezieht solche aber nicht. Er führt statt dessen aus den Einkünften seiner selbständigen Tätigkeit Beträge in der Höhe ab, wie sie bei angemessener unselbständiger Beschäftigung kraft der Abtretung an den Treuhänder flössen. Einen Mehrbetrag darf der Schuldner (neben dem Teil, der dem unpfändbaren Entgeltteile entspricht) für sich behalten.[37] Kann er aber den bei angemessener abhängiger Beschäftigung anfallenden Betrag nicht aufbringen, läuft er Gefahr, daß das Gericht ihm die Befreiung versagt (§§ 296 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 300 Abs. 2 InsO). Der Schuldner hat dann die Last des Beweises, daß ihn kein Verschulden trifft (§§ 296 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, 300 Abs. 2 InsO). Eine unzulänglich Ertrag abwerfende selbständige Tätigkeit unverzüglich aufzugeben zählt nicht zu den Obliegenheiten; doch muß sich der Schuldner gleichzeitig um angemessene abhängige Beschäftigung bemühen und eine sich dazu bietende Gelegenheit ergreifen.[38] 1568

c) Der Schuldner muß Zuflüsse aus Erbgang und Vorwegnahme der Erbfolge dem Treuhänder auskehren, jedoch nur zur Hälfte (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Sonstige Zuflüsse außerhalb der Erwerbstätigkeit behält er ganz für sich. 1569

d) Seine wirtschaftliche Lebensführung hat der Schuldner transparent zu halten (§ 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Diese Obliegenheit ähnelt der Kooperationsverpflichtung während des Insolvenzverfahrens (§ 97 InsO). 1570

e) Dem Treuhänder kann die Gläubigerversammlung im Schlußtermin oder in einem weiteren Termin auftragen, die Erfüllung der Obliegenheiten zu überwachen (§ 292 Abs. 2 Satz 1 InsO). Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens hat sie dazu jedoch keine Gelegenheit mehr, obwohl sich vielleicht jetzt erst der Überwachungsbedarf herausstellt. Denn mit Ende des Insolvenzverfahrens hört das Organ Gläubigerversammlung zu existieren auf. 1571

36 Begriff in XIIA/4 Abs. 1 Nr. 10 Fall 2 MiZi.

37 *Foerste*, Rn. 553.

38 BGH, Beschluß vom 7. Mai 2009 – IX ZB 133/07, NZI 2009, 482, 483.

1572 f) Mit fortschreitender Zeit gelangt der Schuldner in den Genuß eines sogenannten **Motivationsrabattes**[39]. Der Treuhänder gewährt ihm steigende Teile der abgetretenen Einkünfte zurück (§ 292 Abs. 1 Satz 3 InsO). Für den selbständig tätigen Schuldner ergibt sich eine Senkung des Einzahlungsbetrages gemäß § 295 Abs. 2 InsO).

5. Bedienung der Insolvenzgläubiger

1573 a) Der individuelle Anspruchsverfolgung hindernde **Gleichbehandlungsgrundsatz** des Insolvenzverfahrens (§§ 1 Satz 1, 87 InsO) setzt sich im Restschuldbefreiungsverfahren fort. Die Insolvenzgläubiger dürfen immer noch keine Vollstreckung betreiben (§ 294 Abs. 1 InsO), obwohl sich bereits wieder erhebliche Vermögenswerte beim Schuldner ansammeln können. Sie empfangen mindestens einmal jährlich aus der Hand des Treuhänders gemäß dem Schlußverzeichnis (§§ 188, 197 Abs. 1 Nr. 2 InsO) Ausschüttungen (§ 292 Abs. 1 Satz 2 InsO).

1574 aa) Dabei stehen die Insolvenzgläubiger hinter der **Staatskasse** zurück, die zunächst wegen der gestundeten Kosten (§ 4a Abs. 1 Satz 1 InsO) Ausgleich erhält. Die Staatskasse genießt Vorwegbefriedigung nicht nur in Höhe einer etwa im Stundungsbeschluß als Kostendeckungsmodalität (§ 4a Abs. 3 Nr. 1 am Ende InsO) festgesetzten Raten[40]. Vielmehr sorgt der Treuhänder, soweit die Einkünfte reichen, für möglichst rasche volle Deckung ohne Rücksicht auf den Fälligkeitsaufschub[41]. Andere Masseverbindlichkeiten bedient der Treuhänder nicht vorab[42]. Von diesen Schulden kann es, wenn das Insolvenzverfahren in Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit geendet hatte, noch etliche geben. Sogar nach Vollabwicklung können Masseschulden übrigbleiben, sofern Verpflichtungen des Schuldner aus Dauerschuldverhältnissen für die Zeit nach der Eröffnung zu Masseschulden wurden (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO), die Dauerschuldverhältnisse über die Aufhebung hinaus fortbestehen und nun erst Ansprüche fällig werden.

1575 bb) Wenn die Kosten nicht gestundet sind, müssen sie erst recht vorab gedeckt werden. Vermag der Treuhänder seine Mindestvergütung nicht aus den zufließenden Einkünften zu decken, so wird das Gericht auf seinen Antrag die Restschuldbefreiung versagen (§ 298 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Schuldner kann diese Gefahr (ähnlich wie die Abweisung des Eröffnungsantrages mangels Masse gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 InsO und die Einstellung mangels Masse gemäß § 207 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 InsO) wahlweise durch Einzahlung oder Stundung abwenden (§ 298 Abs. 1 InsO).

1576 cc) Insolvenzgläubiger, die die Anmeldung (§ 174 Abs. 1 InsO) versäumten oder feststellungshindernde Widersprüche (§ 178 Abs. 1 InsO) gegen ihre untitulierten Forderungen (vgl. §§ 179 Abs. 2, 189 Abs. 1 InsO) tatenlos hinnahmen, gehen leer aus. Auch ehemals Absonderungsberechtigte, die wegen Ausfalls bei der abgesonderten Verwertung oder wegen Verzichts noch als Insolvenzgläubiger auftreten (§ 52 Satz 2 InsO), werden nur dann berücksichtigt, wenn sie gemäß §§ 189 Abs. 1, 190 Abs. 1

39 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/6468, S. 18.

40 Zur Ratenfestsetzung *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 91 ff.

41 *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 292 InsO, Rn. 38.

42 Für Vorabbefriedigung im Wege einer Rechtsfortbildung aber *Kießner*, in: *Braun*, § 210 InsO, Rn. 14; *G. Pape*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, § 210 InsO, Rn. 18.

InsO ihren Ausfall nachwiesen[43] (anders nach § 190 Abs. 3 Satz 1 InsO, wenn allein der Verwalter verwertungsbefugt war).

b) Da dem Schuldner anders als während des Insolvenzverfahrens jenseits der Abtretung (§ 287 Abs. 2 Satz 1 InsO) und der gegebenenfalls einzeln an den Treuhänder abzuführenden Mittel (§§ 295 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO) völlige wirtschaftliche Bewegungsfreiheit verbleibt, könnte er einzelne Gläubiger nach Gutdünken besser stellen. Dem schiebt § 295 Abs. 1 Nr. 4 InsO einen Riegel vor. Die Vorschrift schießt über das Ziel hinaus. Sie verhindert nicht nur, daß der Schuldner von einzelnen Gläubigern unter Druck gesetzt wird, so daß der Schuldner mit einer Zusatzzahlung aus seinen nicht vom Treuhänder verwalteten Mitteln seine Rückkehr in geordnete wirtschaftliche Verhältnisse gefährdet. Sie nimmt dem Schuldner vielmehr auch die Möglichkeit, von sich aus seine Leistungswilligkeit und Verzichtsbereitschaft zu unterstreichen. Das wiederum erschwert materielle Hilfe Dritter. Sie können allenfalls ohne jegliche Beteiligung des Schuldners an der Gläubigerbefriedigung mitwirken[44]. **1577**

c) Das Gesetz sieht **keine bestimmte Befriedigungsquote**, die die Gläubiger im Laufe der Zeit ansammeln müßten, vor. Restschuldbefreiung kann der Schuldner auch dann erhalten, wenn die Gläubiger nichts hinzugewannen. **1578**

d) Einen neuen Konkurs dürfen Insolvenzgläubiger, solange das Restschuldbefreiungsverfahren noch im Gange ist, nicht beantragen.[45] Das Verfahren zur Restschuldbefreiung hat als Fortsetzung des beendeten ersten Insolvenzverfahrens Vorrang vor einem neuen Insolvenzverfahren. Erst wenn die Restschuldbefreiung wegen Versagung vorzeitig (§§ 296–298 InsO) oder am Ende der Laufzeit (§§ 296–298, 300 Abs. 2 InsO) scheitert, kann ein ehemaliger Insolvenzgläubiger auf neuen Konkurs antragen. **1579**

e) Massegläubiger und Neugläubiger dürfen die Zwangsvollstreckung betreiben. Meistens wird der Schuldner aber keine pfändbare Habe besitzen. Die Gläubiger müssen dann zusehen, wie die Einkünfte zugunsten der Kostendeckung und der Insolvenzgläubiger verwendet werden. Sofern der Schuldner Absonderungsgut behielt und das Befriedigungsrecht noch besteht, können auch Absonderungsgläubiger mit der Zwangsvollstreckung vorgehen. **1580**

Ein zweiter Konkurs auf Veranlassung eines Massegläubigers oder eines Neugläubigers scheint nicht ausgeschlossen. Sie sind keine Teilnehmer des Restschuldbefreiungsverfahrens, so daß sie sich nicht auf dessen Vorrang verweisen lassen müssen. Soweit es schon wieder einen Befriedigungswettlauf der Gläubiger gibt, muß er auch unter den üblichen Voraussetzungen gestoppt werden können. Anders als noch während des Insolvenzverfahrens, gibt es keine **vollständige Abschöpfung** des Neuerwerbs (§ 35 Abs. 1 Fall 2 InsO) mehr. Dem Antrag auf zweiten Konkurs gebricht es nicht deswegen am Rechtsschutzbedürfnis, weil keine Masse entstünde.[46] Während des Restschuldbefreiungsverfahrens vermag der Schuldner trotz Abtretung des Arbeitsentgeltes (§ 287 Abs. 2 InsO) und Abführobliegenheiten nach § 295 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 InsO bereits mehr als lediglich unpfändbare Habe anzusammeln. Die Zulässigkeit eines neuen Konkursantrages neben einem Restschuldbefreiungsverfahren läßt sich auch aus der Versagungsregelung des § 290 Abs. 1 Nr. 3 Fall 2 InsO erschließen. Der neue Konkurs greift allerdings nicht in das Restschuldbefreiungsverfahren ein. Insbesondere bleibt es bei der Abtretung an den Treuhänder. Die bisherigen Insolvenzgläubiger dürfen ihre Forderungen in dem ohne ihr Zutun eröffneten zweiten Verfahren nur mit der Bedingung anmelden, daß die Restschuldbefreiung versagt werde. **1581**

43 BGH, Beschluß vom 2. Juli 2009 – IX ZR 126/08, NZI 2009, 565, 566.

44 *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 295 InsO, Rn. 57.

45 Siehe bereits oben Rn. 1539.

46 AG Göttingen, Beschluß vom 12. Oktober 2007 – 74 IN 304/07, ZVI 2007, 571, 572. Zur Unzulässigkeit eines zweiten Insolvenzverfahrens neben einem schon laufenden BGH, Beschluß vom 18. Mai 2004 – IX ZB 189/03, ZInsO 2004, 739. Siehe bereits oben Rn. 276 f.

6. Versagung vor oder bei Ende der Laufzeit

1582 a) Das Insolvenzgericht versagt die Restschuldbefreiung vorzeitig auf Antrag eines einzigen Insolvenzgläubigers nach befriedigungsstörender Obliegenheitsverletzung (§ 296 Abs. 1 InsO), mangels Kooperation bei Aufklärung der Obliegenheitserfüllung (§ 296 Abs. 2 InsO)[47] oder nach rechtskräftiger Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat (§ 297 Abs. 1 InsO). Auf Antrag des Treuhänders versagt das Gericht vorzeitig, wenn die Mindestvergütung nicht aus den abgetretenen Einkünften gedeckt ist (§ 298 Abs. 1 Satz 1 InsO) – es sei denn der Schuldner zahlt die Differenz ein oder erwirkt Stundung (§ 298 Abs. 1 InsO). Die Versagung wird publik gemacht (§§ 296 Abs. 3 Satz 2, 298 Abs. 2 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 10 Fall 2 MiZi) und ist (wie auch Ablehnen der Versagung) beschwerdefähig (§§ 296 Abs. 3 Satz 1, 298 Abs. 2 InsO).

1583 Auch wenn die Laufzeit ohne vorzeitige Versagung zu Ende geht, kann das Gericht die Restschuldbefreiung versagen (§ 300 Abs. 2 InsO). Beschwerde ist statthaft (§ 300 Abs. 3 Satz 2 Fall 1 InsO). Das Gericht macht die Versagung bekannt (§ 300 Abs. 3 Satz 1 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 10 Fall 2 MiZi).

1584 b) Die Versagung gibt den Insolvenzgläubigern die Befugnis zur individuellen Rechtsdurchsetzung zurück. Aus ihrem Kreise kann es auch einen neuen Konkursantrag geben. Der Schuldner hat ebenfalls die Befugnis, erneut auf ein Insolvenzverfahren anzutragen (um nunmehr die Restschuldbefreiung zu erzielen). Allerdings fehlt einem neuen Eigenantrag das Rechtsschutzbedürfnis, wenn zwischenzeitlich keine neuen Forderungen entstanden.[48] Umgekehrt muß man für einen neuen Gläubigerantrag verlangen, daß (vermutlich) neues pfändbares Vermögen entstand oder der Schuldner pfändbare Einkünfte hat. Die Versagung steht zeitnaher späterer Restschuldbefreiung im Wege (§ 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO).

1585 Eine Kostenstundung hebt das Insolvenzgericht anläßlich der Versagung nach pflichtgemäßem Ermessen auf (§ 4c Nr. 5 Fall 1 InsO).

7. Restschuldbefreiung

1586 a) Stellt niemand Antrag auf Versagung oder mangelt es den Versagungsanträgen an Zulässigkeit oder Begründetheit, lautet der Beschluß des Gerichts (§ 300 Abs. 1 InsO) auf **Erteilung der Restschuldbefreiung** (§ 301 Abs. 1 InsO). Auch Insolvenzgläubiger, die sich am Insolvenzverfahren nicht beteiligt hatten, verlieren ihre Ansprüche (§ 301 Abs. 1 InsO). Zwangsvollstreckungsversuchen eines Insolvenzgläubigers begegnet der Schuldner mit der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 Abs. 1 ZPO).[49]

1587 Als erfüllbare Naturalobligationen[50] bestehen die Insolvenzforderungen allerdings auch nach der Restschuldbefreiung weiter (§ 301 Abs. 3 InsO).

1588 b) Einige Verbindlichkeiten bleiben von der Restschuldbefreiung ausgenommen (§ 302 InsO).

47 Die Kooperation kann der Schuldner nach der abschlägigen Entscheidung, namentlich im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachholen; siehe BGH, Beschluß vom 14. Mai 2009 – IX ZB 116/08, NZI 2009, 481, 482. Insofern gilt der Grundsatz nicht, daß das Beschwerdegericht nach jüngstem Entwicklungsstand entscheidet (vgl. oben Rn. 536).

48 BGH, Beschluß vom 11. Oktober 2007 – IX ZB 270/05, ZVI 2007, 610, 611 f.

49 So auch BGH, Beschluß vom 25. September 2008 – IX ZB 205/06, NJW 2008, 3640 f.

50 *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 301 InsO, Rn. 10.

aa) Es handelt sich zum einen um Schadensersatz aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung (§ 302 Nr. 1 InsO). Die deliktische Forderung hatte ihr Inhaber schon bei der Anmeldung als solche gekennzeichnet (§ 174 Abs. 2 InsO). Unter den unerlaubten Handlungen haben im weiten Sinne gegen das Vermögen gerichtete Straftaten besondere Bedeutung. Die einschlägigen Strafvorschriften sind Schutzgesetze gemäß § 823 Abs. 2 BGB. Auf diese Weise überstehen Ansprüche von Betrugsopfern (§ 263 StGB) und Sozialversicherungsträgern (§ 266a StGB) die Restschuldbefreiung ebenso unbeschadet[51] wie die Opfer von Urkundsdelikten (§§ 267 ff. StGB) und Insolvenzdelikten (§§ 283 ff. StGB). Die Haftpflicht aus Verletzung von Strafvorschriften kann – zumindest nach § 14 StGB – auch Organe betreffen und ihrerseits in den Konkurs ohne Entlastung aus Restschuldbefreiung stürzen. Ferner erzeugt die gesetzliche Verantwortlichkeit des Organs auf unverzüglichen Konkursantrag (insbesondere § 15a Abs. 1 InsO) in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB die Gefahr anhaltender Verschuldung. Regelmäßig diente die ruinöse Haftung des Organs im gleichzeitigen Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen gemäß § 92 InsO zur Masseanreicherung. 1589

Straf- und Bußgeldvorschriften zur Steuerhinterziehung und verwandten Delikten (§§ 369 ff., 377 ff. AO) indessen sind keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, weil sie keinen individuellen Schutz für den Abgabenempfänger erzeugen. Sie können deshalb keine Aufrechterhaltung des Abgabenanspruchs oder auch nur der Nebenansprüche dazu bewirken.[52] 1590

bb) Auch Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungsgelder, Zwangsgelder und in Geld ausgedrückte Nebenfolgen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit bleiben einforderbar (§§ 302 Nr. 2, 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Bei diesen Forderungen ist bemerkenswert, daß sie im Insolvenzverfahren nachrangig waren (§ 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Nicht alle Forderungen der öffentlichen Hand aber bleiben aufrecht. Steuern, Gebühren und Beiträge gehen unter. 1591

cc) Von der Restschuldbefreiung ausgenommen sind schließlich zinslose Darlehen zur Kostendeckung gemäß §§ 26 Abs. 1 Satz 2 Fall 1, 203 Abs. 3 Satz 2, 207 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 InsO (§ 302 Nr. 3 InsO). Das erleichtert die Hilfsbereitschaft von Einzelpersonen und Einrichtungen. Sie können bei fortschreitender Erholung des Schuldners allmähliche Rückführung des Darlehens erwarten. 1592

c) Das Gericht macht die Erteilung der Restschuldbefreiung bekannt (§ 300 Abs. 3 Satz 1 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 10 Fall 3 MiZi). Gegen die Erteilung ist Beschwerde statthaft (§ 300 Abs. 3 Satz 2 Fall 2 InsO). Nach ihrer Rechtskraft kann die Erteilung noch durch Widerruf beseitigt werden (§ 303 InsO). Es bedarf dazu eines Antrages des Insolvenzgläubigers, der erst nachträglich von einer befriedigungsstörenden vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung erfuhr. Widerruf gefährdet die etwaige Kostenstundung (§ 4c Nr. 5 Fall 2 InsO). 1593

d) Nach der Restschuldbefreiung kann der Schuldner neuerlich Stundung erlangen (§ 4b Abs. 1 Satz 1 InsO). Was nicht spätestens vier Jahre später getilgt ist, fällt endgültig der Staatskasse zur Last (§§ 115 Abs. 1 Satz 4 ZPO, 4b Abs. 1 Satz 2 InsO). 1594

e) Erteilung der Restschuldbefreiung sperrt eine zeitlang neuerliche Erteilung (§ 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Für den Widerruf ist dasselbe anzunehmen (§ 290 Abs. 1 Nr. 3 InsO analog), weil er der ebenfalls sperrenden Versagung nach § 296 InsO gleichsteht.[53] Für ein neues Insolvenzverfahren überhaupt enthält das Gesetz keine Sperrfrist. Allenfalls kann es am Rechtsschutzbedürfnis für einen neuen Gläubigerantrag 1595

51 *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 302 InsO, Rn. 3 ff.

52 BFH, Urteil vom 19. August 2008 – VII R 6/07, ZInsO 2008, 1208, 1209 f.; *Vallender*, in: *Uhlenbruck*, § 302 InsO, Rn. 12. Anders AG Siegen, Beschluß vom 24. September 2002 – 25 IN 203/01, NZI 2003, 43, 44.

53 Die Frage ist umstritten. Siehe *Lang*, in: *Braun*, § 290 InsO, Rn. 17; *Ahrens*, in: FrankfKomm, § 290, Rn. 31.

mangeln, wenn der Schuldner keine pfändbaren Einkünfte bezieht und auch kein neues pfändbares Vermögen hat.[54]

V. Zugriff auf Mithaftende

1596 Wie schon während des Insolvenzverfahrens, so können die Gläubiger auch nach demselben persönlich oder dinglich Mithaftende in Anspruch nehmen. In der Insolvenz einer Gesellschaft wird allerdings gemäß § 93 InsO der Insolvenzverwalter eine Mitgliederhaftung schon in Anspruch genommen haben[55]. Persönliche Haftung der Eheleute oder der eingetragenen Lebenspartner in der Insolvenz des gemeinschaftlich verwalteten Gesamtgutes wird gleichfalls schon vom Verwalter ausgeschöpft sein (§ 334 Abs. 1 InsO)[56].

1597 Ein laufendes Verfahren zur Restschuldbefreiung ist kein Hindernis. Nicht einmal Erteilung der Restschuldbefreiung schließt die Inanspruchnahme aus (§ 301 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Restschuldbefreiung entlastet den Schuldner allerdings vom Rückgriff des Mithaftenden (§ 301 Abs. 2 Satz 1 InsO). Angesichts dessen sollte der Mithaftende schon alsbald nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Erwägung ziehen, den Gläubiger sofort zu befriedigen und die Rückgriffsforderung gemäß § 44 InsO zur Tabelle anzumelden[57]; das kann ihm immerhin die Konkursquote retten. Stets droht der Mithaftende seinerseits in Konkurs zu fallen.

1598 Zu betonen ist, daß der Tabelleneintrag (§ 178 Abs. 2 Satz 1 InsO) keinen Vollstreckungstitel gegen den Mithaftenden hergibt.

VI. Zugriff auf den Verwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses

1599 Ebenfalls wie schon während des Insolvenzverfahrens steht nach dessen Ende mit oder ohne anschließendes Verfahren zur Restschuldbefreiung die Inanspruchnahme des Verwalters (§§ 60, 61 InsO) oder der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§ 72 InsO) frei.[58] Auch hier gilt jedoch die **Einschränkung**, daß nicht schon ein eingewechselter Verwalter die Haftung unter dem Aspekt eines Gesamtschadens zugunsten der Masse verwirklichte (§ 92 InsO).[59] Dasselbe ist von sonstigen Schadensersatzansprüchen zu sagen.

54 Siehe oben Rn. 1584.
55 Siehe oben Rn. 1056 ff.; 1067 ff.
56 Oben Rn. 1056, 1076.
57 Siehe oben Rn. 1255 f.
58 Siehe schon oben Rn. 349 ff.
59 Oben Rn. 1057, Rn. 1062 und Rn. 1072 ff.

3. Abschnitt. Durchführung des Insolvenzverfahrens in Abweichung von Liquidation nach dem Gesetz: Insolvenzplanverfahren

§ 34 Insolvenzplan

Literatur: *Achsnick*, Options-Modelle im Insolvenzplanverfahren, 2002; *Bauer*, Der Insolvenzplan. Untersuchungen zur Rechtsnatur anhand der geschichtlichen Entwicklung, 2009; *Berscheid*, Personalanpassung im eröffneten Insolvenzverfahren und im Insolvenzplanverfahren, in: Kölner Schrift, S. 1395 ff.; *Binz*, Konkurrierende Insolvenzpläne, Diss. Mainz, 2001; *Brand*, Die Auswirkungen eines Insolvenzplans auf die Haftung ausgeschiedener Personengesellschafter, KTS 2009, 431 ff.; *Braun/Uhlenbruck*, Muster eines Insolvenzplans. Leistungswirtschaftlicher Reorganisationsplan gem. §§ 217 ff. InsO, 1998; *Breutigam/Kahlert*, Forderungsfeststellung im Planverfahren – eine unendliche Geschichte?, ZInsO 2002, 469 ff.; *Bruns*, Grundpfandrechte im Insolvenzplanverfahren – das Ende deutscher Immobiliarsicherheiten?, KTS 2004, 1 ff.; *Buth/Hermanns* (Hrsg.), Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 2. Aufl., 2004; *Falk/Schäfer*, Insolvenz- und gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken bei der übertragenden Sanierung, ZIP 2004, 1337 ff.; *Fischer*, Die unternehmerischen Mitwirkungsrechte der Gläubiger in der Überwachungsphase des Insolvenzplans, 2002; *Frank*, Die Überwachung der Insolvenzplanerfüllung, 2002; *Frank*, Der verfahrensleitende Insolvenzplan, in: Festschrift Braun, 2007, S. 219 ff.; *Frind*, Die Grenze zwischen Gestaltung und Manipulation im Insolvenzplanverfahren, NZI 2007, 374 ff.; *Grub*, Die angemessene Zahlungsquote im Insolvenzplan, in: Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 501 ff.; *Grub*, Zur Beendigung des Insolvenzverfahrens bei Insolvenzplan, DZWIR 2004, 317 ff.; *Hänel*, Gläubigerautonomie und das Insolvenzplanverfahren, 2000; *Hanau/Berscheid*, Übertragende Sanierung vor und in der Insolvenz, in: Kölner Schrift, S. 1541 ff.; *Happe*, Die Rechtsnatur des Insolvenzplans, 2004; *Herweg*, Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung, 2004; *Hess/Obermüller*, Insolvenzplan, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz, 3. Aufl., 2003; *Huelsdunk*, Liquidation oder Reorganisation im Insolvenzplan – Alternativen aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts, KTS 1999, 291 ff.; *Jungmann*, Schlechterstellungsverbote im Insolvenzplanverfahren – Zum Verhältnis und Verständnis der §§ 245 und 251 InsO, KTS 2006, 135 ff.; *Kersting*, Die Rechtsstellung der Gläubiger im Insolvenzplanverfahren, 1999; *Kluth*, Die »wertlosen Gesellschaftsanteile« – der Stein des Anstoßes im Sanierungs-Insolvenzplan, ZInsO 2002, 258 ff.; *Krull*, Bedingter Insolvenzplan und Kapitalschnitt, 2000; *Leipold*, Zur Rechtsnatur des Insolvenzplans, KTS 2006, 109 ff.; *Lieder*, Grenzüberschreitende Unternehmenssanierung im Lichte der EuInsVO, 2007; *Maus*, Der Insolvenzplan, in: Kölner Schrift, S. 931 ff.; *Moll*, Betriebsübergang in der Insolvenz, KTS 2002, 635 ff.; *Meyer-Haberhauer*, Entscheidung über den Insolvenzplan. Eine betriebswirtschaftliche Analyse, 2000; *H.-F. Müller*, Der Verband in der Insolvenz, 2002; *H.-F. Müller*, Gesellschaftsrechtliche Regelungen im Insolvenzplan, KTS 2002, 209 ff.; *Paulus*, Grundlagen des neuen Insolvenzrechts – Liquidations- und Planverfahren, DStR 2004, 1568 ff.; *Rühle*, Gegenseitige Verträge nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, 2006; *Scheibner*, Zu Besonderheiten beim Insolvenzplan in eingetragenen Genossenschaften, DZWIR 1999, 8 ff.; *Schiessler*, Der Insolvenzplan, 1997; *Schmelzer*, Die Position des Arbeitnehmers im Recht des Insolvenzplans, 2003; *Smid/Rattunde*, Der Insolvenzplan: Handbuch für das Sanierungsverfahren gemäß §§ 217 bis 269 InsO mit praktischen Beispielen und Musterverfügungen, 2. Aufl., 2005; *Terbrack*, Insolvenzpläne betreffend eingetragene Genossenschaften, ZInsO 2001, 1027 ff.; *Uhlenbruck*, Strafbefreiende Wirkung des Insolvenzplans?, ZInsO 1998, 250 ff.; *Vogl*, Die Einreichung mehrerer Insolvenzpläne durch den Schuldner, DZWIR 2004, 490 ff.; *Wegener*, Sanierungshindernisse durch mangelnde Gläubigerbeteiligung im Planverfahren – Zur Auslegung der §§ 244, 245 InsO, ZInsO, 2002, 1157 ff.; *Wellensiek*, Übertragende Sanierung, NZI 2002, 233 ff.; *Zempel*, Genußrechte als Instrument zur Eigensanierung von Kapitalgesellschaften im Insolvenzplanverfahren, Diss. Berlin, 2001. Siehe auch die Hinweise oben zu § 5 (vor Rn. 167).

I. Vom gesetzlichen Verfahren abweichende Zerschlagung oder Sanierung

1600 1. Das Gesetz bietet im Insolvenzverfahren nicht nur die Liquidation nach vorgegebenen Regeln an (§ 1 Satz 1 Fall 2 InsO), sondern mit §§ 217–269, 284, 334 Abs. 2 InsO (für Insolvenzen im Finanzgewerbe ergänzend § 46d KWG und § 89b VAG) auch einen (selten genutzten) Rahmen zur Ausarbeitung einer abweichenden Lösung in einem Insolvenzplan (§ 1 Satz 1 Fall 2 InsO). Dieser Rahmen steht nur im **Regelverfahren** zur Verfügung, nicht im Kleinverfahren (§ 312 Abs. 2 InsO). Im Kleinverfahren hat es mit dem zweifachen Schuldenbereinigungsversuch vor Beginn des Insolvenzverfahrens (§§ 305 ff. InsO) nach dem Gesetz sein Bewenden. Außergerichtliche Schuldenbereinigungsversuche vor oder während laufenden Insolvenzverfahrens sind allerdings auch ohne Regelung in der Insolvenzordnung immer möglich, sowohl in der Kleininsolvenz als auch in der Regelinsolvenz.[1] Innerhalb des Regelverfahrens allerdings gibt es keine weitere Einschränkung auf Unternehmensinsolvenzen. Auch die Insolvenz nichtunternehmerischer Vermögen ist einem Insolvenzplan zugänglich.

1601 2. Das Insolvenzplanverfahren wächst immer aus einem Insolvenzverfahren heraus. Das Insolvenzverfahren ist **Einheitsverfahren**[2], welches erst in seinem Verlauf vor die Wahl zwischen gesetzlicher Liquidation und Insolvenzplan tritt. Es gibt keine Eröffnung eines reinen Insolvenzplanverfahrens. Der Insolvenzplan ist nicht anders als die gesetzliche Vermögenszerschlagung gemäß § 1 Satz 1 InsO dem Grundsatz des Befriedigungsgleichmaßes verpflichtet.

1602 3. Der **Gehalt** eines Insolvenzplans muß nicht in scharfem Gegensatz zur gesetzlichen Liquidation stehen. Abweichung von der gesetzlichen Liquidation (§§ 1 Satz 1, 217 InsO) kann schon in der Planung anderer Verwertungsabläufe liegen, ohne daß eine nachhaltige Gesundung des Vermögens erstrebt würde (Liquidationsplan). Auch die Erlösverteilung oder die Nachforderung kann der Plan ohne Sanierungsabsicht abweichend ordnen. Umgekehrt ist kaum je eine Sanierung eines Vermögens, insbesondere eines Unternehmens (§ 1 Satz 1 am Ende InsO), mittels eines Sanierungsplans ohne Teilliquidation vorstellbar. Wenn es denn einmal zu einem Insolvenzplan kommt, wird er gewöhnlich Liquidation und Sanierung verknüpfen.[3] Stets zielt der Plan auf Besserstellung mindestens eines Beteiligten ohne Schlechterstellung der übrigen, gemessen am Maßstab der Liquidation nach Gesetz, außerdem achtet er das Gebot der Gleichbehandlung[4].

1603 a) Verhältnismäßig häufig wird zur Sanierung die Gründung einer **Übernahmegesellschaft** (Auffanggesellschaft) erwogen. Sie ist sogar wegen der Plandurchführung in § 260 Abs. 3 InsO gesetzlich definiert (siehe ferner § 230 Abs. 2 InsO). In eine solche Übernahmegesellschaft bringt der Schuldner die Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) oder Teile davon ein. Beiträge aus beschlagfreiem Vermögen, insbesondere persönlicher Einsatz können sein Engagement ergänzen. Der Schuldner ist nicht Alleingesellschafter, sondern auch seine Gläubiger sind Gesellschafter. Der Schuldner findet sich zu einer Gesellschaft bereit, in der die Gläubiger Anteile an einer Vermögensmasse halten, welche eigentlich dem Schuldner als dem bisherigen Vermögensinhaber allein zustünden.

1604 Dieser Vermögensverzicht erklärt sich aus Verrechnung gegen die Forderungen, die die Gläubiger gegen den Schuldner haben. Die Gläubiger bringen sozusagen ihre Forderungen in die neue

1 Siehe schon oben Rn. 167 ff. (§ 5), 1500 ff. und Rn. 1506 ff.
2 Oben Rn. 113, 140, 152, 203.
3 Oben Rn. 179 ff. Ebenso *Flessner*, in: HeidKomm, § 217 InsO, Rn. 12.
4 Zur Gleichbehandlung unten Rn. 1624.

Gesellschaft ein. Anders ausgedrückt, wandeln sie ihre Forderungen in Eigenkapital um.[5] Die Forderungen sind allerdings nicht notwendig wirkliche Einlage. Denn der Sinn der Maßnahme ist die Bereinigung (§ 227 Abs. 1 InsO), nicht die Verstetigung der Schulden. Die Gläubiger erlangen Beteiligung unter zumindest teilweisem Erlaß der Forderung. Soweit sie doch die Forderungen an die Gesellschaft abtreten, werden sie vorerst überwiegend durch Stundung gelähmt sein. Die Transaktion ist ein Fall sogenannter übertragender Sanierung. Weitere Investoren, die bislang nicht Gläubiger des Gemeinschuldners sind, können hinzukommen. Auch die Gläubiger selbst können zusätzlichen Einsatz erbringen. Alternative zur Beteiligung der Gläubiger mit Verrechnung ist die Beteiligung Dritter (aber auch der Gläubiger), wenn die Auffanggesellschaft für die Übernahme des Unternehmens den Gläubigern Befriedigungszusagen gewährt.[6]

b) Soll zur Fortführung keine Auffanggesellschaft gegründet werden, bleibt entweder der Schuldner Inhaber des zu restrukturierenden Vermögens (vgl. § 230 Abs. 1 InsO), oder es werden die funktionsfähigen Vermögensteile am Markt veräußert. Im letzteren Falle liegt wiederum eine übertragende Sanierung vor. 1605

c) Ist der Schuldner eine aufgelöste **Gesellschaft**, kommt zur Fortführung die **Fortsetzung** gemäß Beschluß der Gesellschafterversammlung in Betracht. Der fortzusetzenden Gesellschaft können Gläubiger und Dritte beitreten. Der Insolvenzplan sieht die Fortsetzung vor, kann sie aber selbst nicht bewirken. Denn die Gesellschafter bleiben trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen allein für das Statut der Gesellschaft zuständig. Für einige Gesellschaften hat das Gesetz die Fortsetzung ausdrücklich geregelt (z.B. §§ 144 Abs. 1 Fall 2 HGB, 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 2 Fall 2 GmbHG, 274 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 AktG). Auch ohne gesetzliche Erwähnung ist die Fortsetzung aber stets gestattet.[7] 1606

d) Obgleich die insolvente Gesellschaft mit Konkurseröffnung aufgelöst ist, kann sie gemäß §§ 3 Abs. 3, 124 Abs. 2 UmwG noch Ausgangspunkt einer Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz sein, weil die Gesellschafter die Fortsetzung beschließen könnten. Insbesondere kommt zur Sanierung die Spaltung gemäß §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 123 ff. UmwG in Betracht. Spaltung erlaubt die Übertragung von Vermögensteilen als Gesamtheiten (§ 123 UmwG) anstatt der Übertragung der einzelnen Objekte. 1607

e) Umgekehrt ist auch bei plangemäßer Auflösung des Schuldnervermögens denkbar, daß sich das veräußerte Vermögen letztlich weitgehend zusammenhängend in einer Gesellschaft wiederfindet. Beispielsweise können die **Gläubiger gemeinschaftlich die Masse** erwerben (vgl. § 230 Abs. 2 InsO), um dann erst, ohne das Korsett des Insolvenzverfahrens, zerschlagend zu verwerten oder Restrukturierung zu versuchen. Auch können sie sich zusammentun, um einzeln aus der Masse zu Erwerbendes in der neuen Organisation gemeinsam zu liquidieren oder fortzuführen. Möglicherweise wird der Schuldner selbst Mitglied einer solchen Liquidationsgesellschaft. Bei guter Abstimmung zwischen allen Beteiligten und dem Insolvenzverwalter sind solche Lösungen aber sogar auch ohne Insolvenzplan, in der gesetzlichen Zerschlagung, erreichbar. Dem Verwalter muß dabei freilich die Überzeugung vermittelt werden, daß gerade die Verwertung (§ 159 InsO) durch Veräußerung an die Gläubiger-Gesellschaft der beste Weg ist. 1608

f) Soweit der Insolvenzplan in einem erwerbsausgerichteten Vermögen Sanierung schafft, erzeugt das Überschüsse oder Gewinne. Sie können neue Ertragsteuerlasten auslösen.[8] Der Insolvenzplan berücksichtigt dies, will er nicht zum Scheitern verurteilt sein. 1609

4. Über die **Rechtsnatur** des Insolvenzplans hat sich (wie beim Schuldenbereinigungsplan[9]) noch kein Einvernehmen herausgestellt.[10] Sein Zustandekommen hat Elemente des Vertragsschlusses ebenso wie Elemente prozessualen Handelns. Dies 1610

5 *Breuer*, in: *MünchKomm*, § 224 InsO, Rn. 14; *H.-F. Müller*, KTS 2002, 209, 232 ff.

6 Siehe *Flessner*, in: HeidKomm, § 217 InsO, Rn. 14.

7 Siehe zur Fortsetzung auch schon oben Rn. 1526 f. und unten Rn. 1648, Rn. 1679.

8 Über ertragsteuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen siehe Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 27. März 2003 – IV A 6 – S 2140 – 8/03, KTS 2003, 563 ff.

9 Oben Rn. 769.

10 Näher *Bauer*, Der Insolvenzplan, S. 317 ff.

hat er mit dem Prozeßvergleich (vgl. §§ 160 Abs. 3 Nr. 1 Fall 3, 278, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; § 779 BGB) gemeinsam. Anders als dieser und anders als der außerprozessuale Vergleich aber setzt der Insolvenzplan keine Meinungsverschiedenheit und keine Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis voraus. Als Vertrag allein wird man ihn außerdem wegen der Möglichkeit, daß Minderheiten überstimmt werden (§ 244 Abs. 1 InsO), nicht wohl ansehen dürfen. Vorzuziehen scheint nach allem die Betrachtung als materiell gestaltendes und im Verfahren wirkendes Instrument eigener Art.[11] Das schließt behutsame Anwendung von Vertragsrecht nicht aus.

1611 5. Ist das deutsche Insolvenzverfahren, worin der Insolvenzplan erstellt wird, ein Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO), so wirken die Regeln zur Entstehung des Plans und über seine Geltung und damit der zustande gekommene Plan selbst **gemeinschaftsweit** (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe j EuInsVO). Gläubiger aus allen Mitgliedstaaten haben hinzunehmen, daß das Schuldnervermögen, in welchem Mitgliedstaat auch immer solches belegen ist (Art. 2 Buchstabe g EuInsVO), allein noch gemäß dem Insolvenzplan der Befriedigung dient. Damit allerdings unterschiedliche Mitwirkungsmöglichkeiten der Gläubiger von fern und nah nicht entgegen § 1 Satz 1 InsO Ungleichmaß in der Befriedigung erzeugen, müssen gemäß Art. 102 § 9 EGInsO sämtliche von Einschnitten in ihre Forderungen betroffenen Gläubiger zugestimmt haben. Das Zustimmungserfordernis betrifft freilich nur diejenigen Gläubiger, welche sich überhaupt am Verfahren beteiligten. Auch jenseits des europäischen Insolvenzrechts beanspruchen das deutsche Insolvenzplanverfahrens und sein Ergebnis universale Geltung (§ 335 InsO), sind dafür freilich auf auswärtige Akzeptanz angewiesen.

1612 Entsteht der Insolvenzplan in einem **deutschen Territorialverfahren** (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO), so wäre seine Wirkung nach dem europäischen Recht allein gespalten: Er beschnitte die Befriedigung aus auswärts belegenem Vermögen (vgl. Art. 2 Buchstabe g EuInsVO) nur zu Lasten derjenigen Gläubiger, welche dem Plan gemäß §§ 235 ff. InsO zustimmten (Art. 17 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO). Die übrigen Gläubiger bräuchten sich an den Plan nicht gebunden zu fühlen. Das ist schwerlich mit dem Prinzip vereinbar, daß auch unbeteiligt gebliebene Gläubiger einen Insolvenzplan hinzunehmen haben (§ 254 Abs. 1 Satz 3 InsO). Damit es gar nicht erst zu einem Insolvenzplan mit gespaltener Wirkung kommt, erlaubt Art. 102 § 9 EGInsO dem deutschen Insolvenzgericht von vornherein nur die Bestätigung (§§ 248, 252 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 InsO) eines Insolvenzplans, dem alle Gläubiger zustimmten. Ist neben dem deutschen Territorialverfahren noch ein auswärtiges Hauptverfahren im Gange, bedarf es außerdem der Zustimmung des Verwalters jenes Hauptverfahrens (Art. 34 Abs. 2, 36 EuInsVO); denn er nimmt in dem ihm fremden Insolvenzverfahren die Interessen der Gläubiger neben diesen selbst wahr (Art. 32 Abs. 2, Abs. 3, 36 EuInsVO). Das deutsche Internationale Insolvenzrecht verlangt im deutschen Territorialverfahren vor gerichtlicher Bestätigung ebenfalls die Zustimmung sämtlicher betroffener Gläubiger (§ 355 Abs. 2 InsO) und immerhin eine Stellungnahme des Verwalters des auswärtigen Hauptverfahrens (§ 357 Abs. 3 Satz 1 InsO).

II. Planinitiative und Planentwicklung

1613 1. Die Initiative zum Insolvenzplan liegt nicht beim Gericht. Es ist vielmehr der Adressat eines Entwurfs (§ 218 Abs. 1 Satz 1 InsO). Den Anstoß zum Planverfahren können der **Schuldner**, der **Insolvenzverwalter** oder die **Gläubigerversammlung** geben.

1614 a) Der Schuldner oder der Insolvenzverwalter legt einen ausgearbeiteten Insolvenzplan vor (§ 218 Abs. 1 Satz 1 InsO). Der Verwalter hält bei seiner Planentwicklung Verbindung mit Gläubigerschaft, Belegschaft und Schuldner (§ 218 Abs. 3 InsO). Der

11 Ebenso *Foerste*, Rn. 474. Siehe auch *Leipold*, KTS 2006, 109 ff., 125: »privatrechtsgestaltender Verfahrensakt«. Besondere, wenngleich nicht ausschließliche Betonung des Vertragscharakters durch *Bauer*, Der Insolvenzplan, S. 342 ff., 346 ff., 355 f.

Schuldner kann nach dem Gesetz den Plan isoliert verfassen. Ein solcher Plan würde freilich keine Aussicht auf Akzeptanz haben. Der Schuldner ist nicht nur als Eigenverwalter, sondern generell zur Vorlage eines Entwurfs berufen.

Der Schuldner kann den Plan schon mit seinem Eröffnungsantrag anbringen (§ 218 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das ähnelt der obligatorischen Verbindung von Eigenantrag und Schuldenbereinigungsplan im Kleinverfahren (§ 305 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Anders aber als im Kleinverfahren wird – Zulässigkeit und Begründetheit des Eröffnungsantrages vorausgesetzt – auf jeden Fall erst einmal das Insolvenzverfahren eröffnet. Auch während des gesamten Insolvenzverfahrens ist ein Schuldner-Plan oder ein Verwalter-Plan willkommen, wenn nur der Schlußtermin (§ 197 InsO) noch nicht vorüber ist (§ 218 Abs. 1 Satz 3 InsO). Ein Verwalter-Plan kann ohnehin nicht anders als während des Verfahrens heranreifen. Allenfalls ist denkbar, daß ein vorläufiger Insolvenzverwalter bereits einen Plan vorbereitet, den alsbald nach Eröffnung der (regelmäßig mit dem vorläufigen Verwalter identische) Insolvenzverwalter dem Gericht vorlegt. **1615**

Nach Vorlage hat der Verfasser noch Dispositionsgewalt. Er kann den Plan zurückziehen (vgl. § 231 Abs. 2 InsO), solange er noch nicht rechtskräftig gerichtlich bestätigt ist. **1616**

b) Die **Gläubigerversammlung** ergreift die Initiative, indem sie dem Insolvenzverwalter im Berichtstermin (§ 156 InsO) einen Planauftrag erteilt (§ 157 Satz 2 InsO). Der Verwalter befolgt den Auftrag binnen angemessener Frist (§ 218 Abs. 2 InsO). Bei Eigenverwaltung ergeht der Auftrag wahlweise an den Schuldner (unter Beistand des Sachwalters) oder den Sachwalter (§ 284 Abs. 1 InsO). Die Gläubigerversammlung kann dazu Ziele setzten (§ 157 Satz 2 am Ende InsO), insbesondere die Gewichtsverteilung zwischen Liquidation und Sanierung vorgeben.[12] Ausarbeitung und Vorlage eines Plans durch die Gläubigerversammlung selbst sieht das Gesetz nicht vor. Die Versammlung wäre auch trotz der Berichterstattung dazu ohne den Schuldner oder den Verwalter nicht in der Lage. Die Gläubigerversammlung braucht sich nicht endgültig festzulegen. Sie kann den Planauftrag jederzeit zurücknehmen (§ 157 Satz 3 InsO). Und auch wenn sie das nicht tut, ist die Gläubigerschaft dem auf ihr Geheiß entstehenden Plan nicht ohne weiteres unterworfen, sondern er durchläuft alle Prüfungsstufen, die das Gesetz schlechthin für den Insolvenzplan einrichtet. Rücknahme des Planauftrages schließt Planvorlage des Schuldners oder des Insolvenzverwalters aus eigener Kompetenz nicht aus. **1617**

2. Ist das deutsche Insolvenzverfahren nur Territorialverfahren, das heißt Sekundärverfahren (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 EuInsVO) oder der Eröffnung eines auswärtigen Hauptinsolvenzverfahrens vorangegangenes Partikularverfahren (Art. 3 Abs. 2, Abs. 4 EuInsVO), so kann auch der Verwalter des auswärtigen Hauptverfahrens einen Insolvenzplan vorlegen (Art. 34 Abs. 1, 36 EuInsVO). Auch kann er in der deutschen Gläubigerversammlung wie ein Gläubiger (Art. 32 Abs. 3, 36 EuInsVO) einen Planauftrag an den Verwalter des deutschen Territorialverfahrens (§ 157 Satz 2 InsO) anregen. Der Verwalter des Hauptverfahrens erhält vom Verwalter des Sekundärverfahrens beizeiten die Gelegenheit, einen Vorschlag zu formulieren (Art. 31 Abs. 3, 36 EuInsVO). **1618**

Auch nach deutschem Internationalen Insolvenzrecht ist der Verwalter des auswärtigen Hauptinsolvenzverfahrens vorlageberechtigt (§ 357 Abs. 3 Satz 2 InsO). Der Verwalter des deutschen Territorialverfahrens gibt dem Verwalter des auswärtigen Hauptverfahrens Gelegenheit dazu, **1619**

12 Siehe auch oben Rn. 940.

einen Vorschlag für die Verwendung des in Deutschland belegenen Vermögens zu machen (§ 357 Abs. 1 InsO). Daneben kann der auswärtige Verwalter kraft seiner Teilnahmebefugnis (§ 357 Abs. 2 InsO) im deutschen Berichtstermin den Planauftrag anregen.

1620 3. Wenn es, um einem noch auszuarbeitenden Insolvenzplan genügend Gestaltungsspielraum oder Wirkungsfeld zu belassen, notwendig erscheint, kann die **Verwertung** der Masse (gegenüber den Absonderungsberechtigten ausgleichspflichtig) **zurückgestellt** werden, wie dies überhaupt zur Konsolidierung der Dinge möglich ist (§§ 30d Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, 30e, 153b Abs. 1 ZVG, §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 5, 158 Abs. 2 Satz 2, 159 am Ende, 161, 169 Satz 1, 172 Abs. 1 InsO). Die Planung gewinnt auch schon daraus Zeit, daß Verwertung generell nicht vor dem Berichtstermin stattfindet (§ 159 InsO). Dieser Zeitgewinn entfällt freilich, wenn erst der Berichtstermin die Planinitiative der Gläubigerschaft zutage fördert (§ 157 Satz 2 InsO).

1621 Auch aus dem Ausland kann eine Verwertungsblockade herrühren: Der Verwalter eines auswärtigen Hauptinsolvenzverfahrens darf das deutsche Insolvenzgericht veranlassen, die Verwertung in einem deutschen Territorialverfahren auszusetzen (Art. 33 Abs. 1, 36 EuInsVO). Ist die Verwertung hiernach ausgesetzt, verliert gemäß Art. 34 Abs. 3, 36 EuInsVO der Verwalter des deutschen Verfahrens seine Vorlagebefugnis. Einen Insolvenzplan darf nun nur noch der Verwalter des auswärtigen Hauptverfahrens vorlegen. Der Schuldner verliert sein Vorlagerecht nicht, kann es aber nur noch mit Zustimmung des auswärtigen Verwalters ausüben.

III. Inhaltliche Anforderungen

1. Zweiteilung

1622 Der Plan legt die Situation offen und regelt sie. Er enthält gemäß § 219 Satz 1 InsO einen **darstellenden** (§ 220 InsO) und einen **gestaltenden** Teil (§ 221 InsO). Was im gestaltenden Teil vorgesehen ist, wird später die Wirkung des Plans ausmachen (§ 254 Abs. 1 InsO).

2. Darstellender Teil

1623 Die Darstellung erschöpft sich nicht in der Beschreibung der Gegenwart, sondern zeigt auch die Maßnahmen auf, die noch vor Inkrafttreten des Plans im Insolvenzverfahren vorbereitend getroffen werden müssen (§ 220 Abs. 1 InsO). Etwa schon erstellte Verzeichnisse (§§ 151 ff., 175 InsO) erleichtern die Darstellung.

3. Gestaltender Teil

1624 Bei der Gestaltung darf der Insolvenzplan einerseits von der gesetzlichen Ordnung des Befriedigungsgleichmaßes abweichen, muß aber anderseits ein **Gleichmaß** nach § 1 Satz 1 InsO noch erkennen lassen. Dem dienen die Bildung von **Interessengruppen** innerhalb der Gläubigerschaft (§ 222 InsO; weitere Vorschriften außerhalb der InsO: §§ 9 Abs. 4 Satz 1 BetrAVG, 116 Nr. 3 GenG[13]) und die grundsätzliche Gleichbehandlung jeweils innerhalb einer Gruppe (§ 226 Abs. 1 InsO). Ungleichbehandlung innerhalb einer Gruppe ist die Ausnahme (§ 226 Abs. 2 InsO), Ungleichbehandlung von Gruppe zu Gruppe die Regel. Der Entwurfsverfasser hat bei der Gruppenbildung Spielraum. Insbesondere wird er die mutmaßliche Akzeptanz der Gläubigerschaft im Abstimmungstermin (§§ 244–246 InsO) in die Überlegungen ein-

13 Dazu *Eidenmüller*, in: MünchKomm, § 222 InsO, Rn. 129 ff.

fließen lassen. Die Gruppen dürfen allerdings nicht willkürlich zugeschnitten sein (§ 222 Abs. 2 Satz 2 InsO). Unterschiedliche Interessen und Befriedigungsaussichten sind zu berücksichtigen. Beispielsweise sollen Gläubiger mit werthaltigen Absonderungsrechten von Gläubigern mit nicht werthaltigen Absonderungsrechten geschieden sein[14]. Sonderabsprachen mit einzelnen Gläubigern, auf deren Kooperationsbereitschaft ein Beteiligter angewiesen zu sein glaubt, sind (ähnlich wie im Restschuldbefreiungsverfahren gemäß § 294 Abs. 2 InsO) ungültig (§ 226 Abs. 3 InsO).

4. Gestaltungsfreiheit

Weitestgehende Freiheit läßt das Gesetz der selbstbestimmten Ordnung, die zunächst der Planverfasser erwirft und die später Gläubigerschaft und Schuldner in der Gläubigerversammlung aufgrund der Vorlage gemeinsam einrichten. Das Gesetz behandelt einzelne denkbare **Regelungsgehalte**, ohne andere auszuschließen. Unter den Themen, die es anspricht, bezeichnet das Gesetz lediglich den Umgang mit den **nichtnachrangigen Forderungen** als unerläßlichen Bestandteil eines Insolvenzplans (§ 224 InsO). Dies ist jedoch nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit, denn die Bedienung der nichtnachrangigen Insolvenzgläubiger steht im Mittelpunkt des Insolvenzverfahrens, und deswegen muß auch der Insolvenzplan, indem er eine Abweichung von der gesetzlichen Abwicklung herstellt, sich fast zwangsläufig in irgendeiner Weise mit den Insolvenzgläubigern befassen. Nur in dem theoretischen Fall, daß ausnahmsweise einmal allein die Verwertungsweise Gegenstand des Insolvenzplans ist und der Forderungsbestand unangetastet bleibt, bedarf es keiner Aussage zu den nichtnachrangigen Insolvenzgläubigern. Für den Fall empfehlt sich zwar die Klarstellung, daß die Forderungen unberührt bleiben, doch verlangt § 224 InsO eine solche nicht. **1625**

Im übrigen setzen die gesetzlichen Bestimmungen über die Planaufstellung gewisse Grenzen, klären Schweigen des Plans, geben praktische Hilfe oder erheben Anforderungen für den Fall, daß überhaupt der Plan nach dem Willen des Verfassers bestimmte Dinge aufnimmt (§§ 223, 225, 227–230 InsO). Einige Gestaltungsmöglichkeiten mit verfahrensrechtlichen Konsequenzen schiebt der Gesetzgeber – systematisch unglücklich – bei den Vorschriften zur gerichtlichen Planbestätigung und sogar hinter den Regeln über die Beendigung des Insolvenzverfahrens nach geglückter Planaufstellung nach (§§ 249, 259 Abs. 3, 260 ff. InsO). Insgesamt besteht das gesetzliche Regelwerk hauptsächlich aus Anregungen, und an Grenzen stößt die Gestaltungsautonomie beinahe ausschließlich wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 226 InsO). **1626**

a) Absonderungsrechte

Das Gesetz befaßt sich mit den Gläubigern nach ihrer Rangfolge bei der gesetzlichen Zerschlagung. Es spricht in § 223 InsO als erste die Absonderungsgläubiger (§§ 49–51 InsO) an. **1627**

aa) Deren Befriedigungsrechte bleiben ungeschmälert erhalten, wenn der Plan schweigt (§ 223 Abs. 1 Satz 1 InsO). Im Umkehrschluß zeigt die Regelung, daß der Plan Opfer der Absonderungsgläubiger vorsehen kann. Sie sind dann im gestaltenden Teil (§§ 219 Satz 1, 221 InsO) näher zu beschreiben (§ 223 Abs. 2 InsO). Insbesondere ist an **Verringerung des Sicherheitenumfanges** sowie an **Verwertungsaufschub** zu denken. Frei werdende Sicherheit steht dann als Unterlage neuer Kredite (vgl. § 264 InsO) zur Verfügung. Privilegiert ist das Finanzgewerbe, **1628**

14 BGH, Beschluß vom 7. Juli 2005 – IX ZB 266/04, ZVI 2005, 604, 606.

dessen Sicherheiten § 223 Abs. 1 Satz 2 InsO zum Teil für unantastbar erklärt. Das Anwendungsfeld dieser gesetzlichen Störung des gesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist ähnlich beschrieben wie dasjenige für die Gläubigerverwertung in § 166 Abs. 3 InsO.

1629 bb) Freilich ist ein Opfer nicht gegen den Willen der Absonderungsgläubiger möglich. Der Plan bedarf zwar zu seiner Annahme nicht der Stimmen aller Gläubiger. Aber die Absonderungsgläubiger bilden, wenn der Entwurf für sie eine Beeinträchtigung vorsieht, eine eigene Abstimmungsgruppe (§ 222 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO). Und zur Annahme benötigt der Plan die Zustimmung einer jeden Gruppe (§ 244 Abs. 1 InsO); nur ausnahmsweise überspielt das Obstruktionsverbot eine Ablehnung (§ 245 InsO).

1630 cc) Nicht ganz einfach zu sagen ist, was es im einzelnen bedeutet, wenn § 223 Abs. 1 Satz 1 InsO die Rechte zur abgesonderten Befriedigung bei Schweigen des Plans für unberührt erklärt. Soweit die Sicherheit für Schulden Dritter, also nicht für eine Insolvenzforderung, eingerichtet ist, steht das Ergebnis zwar fest: Der Absonderungsgläubiger behält sein Recht überhaupt, in der bisherigen Höhe, mit der bisherigen Reife und mit den bisher der Sicherheit eigenen Verwertungsregeln (von den einstweilen noch greifenden zusätzlichen Regeln des Insolvenzverfahrens abgesehen). Dasselbe gilt, soweit die gesicherte Forderung sich gegen den Schuldner richtet und aus der Zeit vor Eröffnung stammt, aber zur Masseforderung wurde (§ 55 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO).

1631 Bei den **Sicherheiten für Insolvenzforderungen** (§ 38 InsO) aber erhebt sich die Frage, ob sie von Einschnitten in die Insolvenzforderungen (§§ 224, 225 Abs. 1 InsO) angesteckt werden. Das Problem besteht sowohl bei den schon nach dem Gesetz akzessorischen Sicherheiten als auch bei denjenigen Sicherheiten, welche der Sicherungsnehmer laut Sicherungsvertrag nur entsprechend der gesicherten Forderung ausnutzen darf.[15] Die Unsicherheit darüber, was das Gesetz bei Schweigsamkeit des Plans bestimmt, wirkt in die Auslegung eines Insolvenzplans zurück. Denn der Leser des Plans weiß nicht, wozu der Plan schweigt. Dadurch ist unsicher, ob er überhaupt schweigt. Und das wiederum macht unsicher, ob die gesetzliche Regelung anzuwenden ist.

1632 Meiner Meinung nach ergibt sich aus § 223 Abs. 1 Satz 1 InsO ungeschmälerter Fortbestand des Befriedigungsrechts unabhängig davon, ob das Absonderungsgut Schulden Dritter, Masseverbindlichkeiten oder Insolvenzforderungen sichert. Wollte das Gesetz eine Unterscheidung, das heißt Durchschlagen von Einschnitten in Insolvenzforderungen in Befriedigungsrechte, hätte es diese durch ausdrückliche Verknüpfung von § 223 InsO einerseits und §§ 224 f. InsO dargetan. Da nahezu jeder Insolvenzplan Insolvenzforderungen beschneidet und es praktisch nicht vorkommt, daß Absonderungsrechte allein für Schulden Dritter bestehen, wäre die einschränkende Regelung in § 222 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO überflüssig, wonach Absonderungsberechtigte lediglich dann eine besondere Gruppe bilden, wenn ihre Rechte beeinträchtigt werden. Das hier vertretene Verständnis von § 223 Abs. 1 Satz 1 InsO ergibt zwar eine Lockerung der dinglichen oder schuldrechtlichen Akzessorietät des Befriedigungsrechts. Der Gläubiger empfängt als Absonderungsberechtigter je nach Umfang der Sicherheit mehr und früher, als ihm als Insolvenzgläubiger noch zusteht. Solche Lockerungen begegnen aber auch an anderer Stelle (§§ 254 Abs. 2, 301 Abs. 2 InsO), sind also dem Gesetz nicht fremd. Vor diesem gesetzlichen Hintergrund ist dann auch der Insolvenzplan daraufhin auszulegen, was er über Absonderungsrechte besagt.

b) Insolvenzforderungen

1633 Der Kern des Insolvenzplans besteht in den Regelungen zur Bewältigung der Insolvenzforderungen.

1634 aa) Ihr Inhalt steht frei. Typischerweise wird kein Plan ohne **Teilerlasse** und **Stundungen** (§ 224 Fälle 1 und 2 InsO) auskommen. Während aber Aussagen des gestaltenden Teils zu den nichtnachrangigen Insolvenzgläubigern beinahe unverzichtbar sind (§ 224 InsO), darf der Plan

15 Schritthalten des Absonderungsrechts mit der zugrundeliegenden Insolvenzforderung nimmt *Eidenmüller*, in: MünchKomm, § 222 InsO, Rn. 50, 54, an.

zu den nachrangigen Forderungen (§§ 39, 264–266, 327, 332 Abs. 1 InsO) leichter schweigen. Dieses Schweigen bedeutet indessen nicht, daß die nachrangigen Forderungen unbeschnitten bleiben und ihre Deckungschancen wegen der Einschnitte bei den nichtnachrangigen Insolvenzforderungen steigen. Vielmehr deutet § 225 Abs. 1 InsO Schweigen als Erlaß der nachrangigen Forderungen. Andere Behandlung steht frei und ist dann wie für die nichtnachrangigen Insolvenzforderungen ausdrücklich im gestaltenden Teil des Plans darzulegen (§ 225 Abs. 2 InsO).

bb) Indessen kann der Plan weder durch sein Schweigen noch durch ausdrückliche Regelung Geldstrafen, Geldbußen, Ordnungsgelder, Zwangsgelder oder als Zahlungspflicht ausgedrückte Nebenfolgen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit beschneiden (§§ 39 Abs. 1 Nr. 3, 225 Abs. 3 InsO). Diese Ansprüche des Staates rücken also im Gegensatz zu den anderen nachrangigen Forderungen auf. Der Staat beugt sich wegen dieser Ansprüche nicht der Disposition der übrigen Gläubiger und des Schuldners. Andere Ansprüche der öffentlichen Hand, insbesondere Abgabenforderungen, genießen diesen Schutz jedoch nicht. Über sie und die an ihnen hängenden nachrangigen Positionen kann der Plan gemäß §§ 224, 225 Abs. 1 und Abs. 2 InsO wie über Insolvenzforderungen von Privatrechtssubjekten verfügen. Die Hervorhebung von Geldstrafen und in § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO Gleichgestelltem hat § 225 Abs. 3 InsO mit den Ausnahme von der Restschuldbefreiung in § 302 Nr. 2 InsO gemein. 1635

cc) Die **Entlastung des Schuldners** braucht der Plan nicht eigens zu formulieren. Er kann sich mit Schilderung der verbleibenden Befriedigung begnügen. Vom Rest wird der Schuldner befreit (§ 227 Abs. 1 InsO). Hier zeigt sich besonders deutlich eine Funktionsgleichheit von Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO und Insolvenzplan. Die Restschuldbefreiung durch Insolvenzplan nach § 227 Abs. 1 InsO ist unabhängig davon, ob es sich um einen Liquidationsplan oder um einen Sanierungsplan handelt. 1636

dd) Bemerkenswert ist in der Insolvenz einer Personengesellschaft des weiteren der Gleichlauf der Schuld dieser Gesellschaft und der **Haftung der Gesellschafter**, welchen § 227 Abs. 2 mit Abs. 1 InsO mangels anderer Regelung vorsieht. Die Entlastung der Gesellschafter steht im Gegensatz zum Fortbestand sonstiger dinglicher oder persönlicher Mithaftung (vgl. § 254 Abs. 2 InsO). Eigentlich ist die gesetzliche Regelung ebenso ein Fremdkörper, wie es die zulässige abweichende Gestaltung im Plan ist (insbesondere eine Bestimmung, daß die Gesellschafterhaftung in voller Höhe erhalten bleibe). Denn es geht nur um die Insolvenz der Gesellschaft, nicht um gleichzeitige und im selben Verfahren abgewickelte Gesellschafterinsolvenz. Die Einbindung der Gesellschafterhaftung in den Plan erklärt sich jedoch daraus, daß das Gesetz die Gesellschafterhaftung zur Masse zieht (§ 93 InsO) und eine Entlastung der Gesellschaft in der Regel nur bei gleichzeitiger Entlastung der Gesellschafter den angestrebten Effekt einer Rückkehr der Gesellschaft an den Markt haben wird. 1637

Ähnlich setzt § 334 Abs. 2 InsO die persönliche Haftung der Eheleute nach Maßgabe der im Insolvenzplan für das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut der Gütergemeinschaft eintretenden Entlastung herab. Die persönliche Haftung zog § 334 Abs. 1 InsO zur Masse. Die Regelungen treffen wegen der güterrechtlichen Gleichstellung (§ 7 Satz 2 LPartG) eingetragene Lebenspartnerschaften ebenso[16]. 1638

Gleichlauf mit der ebenfalls zur Masse gezogenen (§ 92 InsO) Schadensersatzhaftung Dritter enthält § 227 InsO hingegen nicht. 1639

c) Willenserklärungen zur Verfügung über Gegenstände

Eine praktische Erleichterung zur Planverwirklichung gibt § 228 InsO. Hiernach kann der gestaltende Teil **Willenserklärungen** zur Änderung von Rechten an Gegenständen nicht nur vorsehen, sondern auch schon **enthalten** (§ 228 Satz 1 InsO). Anders, als man nach der amtlichen Überschrift glauben könnte, betrifft dieses Angebot nicht nur Sachen, sondern auch unkörperliche Gegenstände. Gleichgültig ist, ob die Gegenstände dem Schuldner (innerhalb oder außerhalb der Masse) gehören oder einem Gläubiger oder einem Dritten. 1640

16 Siehe oben Rn. 1056, 1076.

1641 aa) Die Aufnahme der Willenserklärung in den **Insolvenzplan ersetzt Formerfordernisse**, ohne selbst die Form erfüllen zu müssen. Dies geht zwar nicht schon aus § 228 InsO hervor, ist aber in § 254 Abs. 1 Satz 2 InsO als Wirkung des Plans ausdrücklich hervorgehoben. Klarstellungen des Formersatzes finden sich auch in anderen Gesetzen (so § 925 Abs. 1 Satz 3 Fall 2 BGB für die Auflassung). Die Regelung ähnelt derjenigen des § 127a BGB, wonach Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs (§ 160 Abs. 3 Nr. 1 Fall 3 ZPO) die strenge Form notarieller Beurkundung ersetzt. Nicht nur die nach materiellem Recht zur Rechtsänderung notwendige Willenerklärung, sondern auch eine Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) kann der Insolvenzplan in großzügiger Anwendung von § 228 Satz 1 InsO aufnehmen.[17]

1642 bb) Der Plan kann die gegebenenfalls erforderliche Form einer Willenserklärung ersetzen, aber nicht die Willenserklärung insgesamt. Die Willenserklärung wird in den Plan aufgenommen (§ 254 Abs. 1 Satz 2 InsO), ohne daß das Gesetz auf sie verzichtet. Derjenige, dessen Wille im Plan erklärt wird, muß also diesen Willen auch wirklich gebildet und geäußert haben.[18] Wer an der Gläubigerversammlung zur Abstimmung über den Plan (§ 235 Abs. 1 Satz 1 InsO) teilnimmt und dem Plan zustimmt, gibt damit auch eine ihn betreffende Willenserklärung ab. Ein Teilnehmer, der die Zustimmung verweigert, ohne damit den Plan verhindern zu können, muß sich separat erklären (eventuell durch einen in der Versammlung anwesenden Bevollmächtigten). Dasselbe gilt von einem Beteiligten, der der Gläubigerversammlung fernbleibt oder gar nicht erst teilnahmebefugt ist. Individuelle Willensäußerung ist nicht etwa deswegen entbehrlich, weil gemäß § 254 Abs. 1 Satz 3 InsO die Wirkung des Plans und die Unterstellung formgerechter Erklärung auch im Verhältnis zu Insolvenzgläubigern eintreten läßt, welche sich nicht am Insolvenzverfahren beteiligten oder widersprachen. Diese Regelung zielt lediglich auf Einheitlichkeit der Planfolgen und ändert nichts daran, daß der Plan überhaupt erst einmal mit den Einzelheiten ausgestattet werden muß, die dann die Folgen auslösen.

1643 Die separaten Erklärungen nehmen an der formersetzenden Wirkung des Insolvenzplans teil, wenn sie ihm als Anlage beigefügt sind.[19] Eine Vollmachtserteilung (§ 167 Abs. 1 BGB) an einen Versammlungsteilnehmer braucht zwar auch bei Formbedürftigkeit des von dem Versammlungsteilnehmer getätigten Geschäfts nicht mit aufgenommen zu werden, weil sie auf jeden Fall formfrei bleibt (§ 167 Abs. 2 BGB). Das Grundbuchrecht oder ähnliches formelles Recht kann aber den Abwesenden zu separater Bevollmächtigung oder Genehmigung (§ 177 Abs. 1 BGB) in öffentlicher Form nötigen, weil ohne lückenlose Unterlagen öffentlichen Glaubens das Grundbuchamt oder die sonstige Registerinstitution die Eintragung nicht vornimmt (§ 29 Abs. 1 GBO usw.).

d) Weitere Verzeichnisse und Erklärungen

1644 Zusätzliche Verzeichnisse und Erklärungen gelten geplanter **Unternehmensfortführung**, geplanten **gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen der Gläubiger** und **Zusagen Dritter** für den Fall der Planbestätigung (§§ 229 f. InsO).

1645 aa) Unternehmensfortführung durch den Schuldner selbst setzt dessen persönliche Einsatzbereitschaft voraus, wenn er natürliche Person ist. Auch eine Gesellschaft mit unbeschränkter persönlicher Haftung kann ihre Geschäfte nur weiterbetreiben, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter dies innerlich tragen. Gegen den Willen der Betreffenden könnte der Plan nun zwar ohnehin nicht zustande kommen, da er der Zustimmung des Schuldners bedarf (vgl. § 247 Abs. 1 InsO). Nur wenn der Plan dem Schuldner keine Erschwernisse und keinem Gläubiger eine Überbegünstigung im Vergleich zum Verfahrensausgang ohne Insolvenzplan verschafft, ist seine Zustimmung entbehrlich (§ 247 Abs. 2 InsO). Ein vom Insolvenzgericht durch seine Verfahrenslenkung mitverursachter Fortführungszwang gemäß Plan indessen wäre mit den Freiheitsrechten des Schuldners (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG) nicht zu vereinbaren. Trotzdem soll nicht bis zum Erörterungs- und Abstimmungstermin zugewartet werden, ob denn die Fortführung überhaupt auf Bereitschaft stößt. Der höheren Verfahrenseffizienz halber sind die entsprechenden Einverständniserklärungen schon zum Entwurf einzuholen (§ 230

17 *Braun/Frank*, in: *Braun*, § 228 InsO, Rn. 5.
18 *Flessner*, in: HeidKomm, § 228 InsO, Rn. 7 ff.; *Lüer/Maus*, in: *Uhlenbruck*, § 229 InsO, Rn. 2.
19 *Flessner*, in: HeidKomm, § 228 InsO, Rn. 9; *Lüer/Maus*, in: *Uhlenbruck*, § 229 InsO, Rn. 2.

Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO). Entbehrlich ist das freilich, wenn der Entwurf vom Schuldner selbst stammt (§ 230 Abs. 1 Satz 3 InsO).

Die besonderen Vorschriften des § 230 Abs. 1 InsO zur Fortführungsbereitschaft des Schuldners oder seiner persönlich haftenden Gesellschafter dürfen nicht den Eindruck erwecken, als ob eine Unternehmensveräußerung in fremde Hände stets unproblematisch sei. Je nachdem, wie sehr der Betrieb von der Persönlichkeit des Schuldners beziehungsweise der haftenden Gesellschafter geprägt ist, wird trotz Reorganisation eine Veräußerung den sicheren Untergang des Unternehmens bedeuten. 1646

bb) Wenn § 230 Abs. 2 InsO verlangt, Erklärungen von Gläubigern zur Übernahme von Gesellschaftsanteilen dem Plan beizufügen, so überschneidet sich die Regelung mit dem Anwendungsbereich von § 228 Satz 1 InsO. Denn Übernahme nach § 230 Abs. 2 InsO ist nicht nur die Beteiligung an einer neu zu gründenden Gesellschaft, sondern auch der Erwerb eines Anteils an einer schon bestehenden Gesellschaft,[20] und letzteres ist Übertragung im Sinne von § 228 Satz 1 Fall 3 InsO. 1647

cc) Nicht eigens erwähnt das Gesetz als Anlage den für die Planverwirklichung eventuell nötigen Beschluß zur Fortsetzung der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen aufgelösten Gesellschaft[21]. Dieser Gesellschafterbeschluß wird in der Vorstellung des Gesetzgebers erst nach der Planbestätigung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens gefaßt (z.B. § 144 Abs. 1 Fall 2 HGB, 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 2 Fall 2 GmbHG, § 274 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 AktG). Er kann also nicht schon zum Planentwurf genommen werden müssen. Ein **Vorratsbeschluß** ist aber nicht ausgeschlossen und kann auch Anlage zum Entwurf sein. 1648

e) Bedingungen für die Bestätigung

Der Insolvenzplan kann Voraussetzungen aufstellen, nach deren Erfüllung erst das Gericht den in der Gläubigerversammlung angenommenen Plan gemäß § 248 Abs. 1 InsO bestätigen darf (§ 249 Satz 1 InsO). Hierunter fällt unter anderem der Gesellschafterbeschluß zur Fortsetzung der mit Konkurseröffnung aufgelösten Gesellschaft[22]. 1649

f) Fortgesetzte Prozeßstandschaft

Wenn das Insolvenzgericht angesichts des zustande gekommenen Plans den Konkurs aufheben wird, werden das Amt des Insolvenzverwalters grundsätzlich enden (§ 259 Abs. 1 Satz 1 InsO) und der Schuldner seine Verfügungsgewalt zurückerlangen (§ 259 Abs. 1 Satz 2 InsO). Doch kann der Plan für einen schwebenden Anfechtungsprozeß den Fortbestand der Prozeßstandschaft des Verwalters vorsehen (§ 259 Abs. 3 Satz 1 InsO). Der Verwalter ist dann weiterhin Partei kraft Amtes. 1650

g) Überwachung der Planerfüllung

Das Gesetz stellt dem Entwurfsverfasser (und der beschließenden Gläubigerversammlung) des weiteren anheim, für die Ausführung des Insolvenzplans Überwachung durch den Insolvenzverwalter vorzusehen (§§ 260 Abs. 1, 261 Abs. 1 Satz 1 InsO). Nach Eigenverwaltung ist die Überwachung Angelegenheit des Sachwalters (§ 284 Abs. 2 InsO). Die Überwachungskosten treffen den Schuldner (§ 269 Satz 1 InsO) oder die Übernahmegesellschaft (§ 269 Satz 2 InsO). 1651

Nicht nur das Ob, sondern auch der Grad der Überwachung, bis hin zur Bindung näher zu bezeichnender Rechtsgeschäfte des Schuldners oder der Übernahmegesellschaft an die Zustimmung des Verwalters, ist variabel (§§ 260 Abs. 2, Abs. 3, 263 InsO). In jedem Fall aber übt das Insolvenzgericht weiter die Aufsicht aus, und ein Gläubigerausschuß besteht ebenfalls weiter (§ 261 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der zwecks Überwachung im Amt bleibende (§ 261 Abs. 1 Satz 2 1652

20 *Braun/Frank*, in: *Braun*, § 230 InsO, Rn. 7.
21 Vgl. oben Rn. 1606; unten Rn. 1679.
22 Dazu *H.-F. Müller*, KTS 2002, 209, 214. Siehe auch oben Rn. 1606 und zuvor Rn. 1648.

InsO) Verwalter hat zur Erkundung der Angelegenheiten Befugnisse gegenüber dem Schuldner wie ein vorläufiger Insolvenzverwalter (§§ 22 Abs. 3, 261 Abs. 1 Satz 3 InsO). Er hält stetige Verbindung mit der Gläubigerschaft und macht vor allem von Unregelmäßigkeit ihr und dem Gericht Mitteilung (§ 261 Abs. 2, 262 InsO).

h) Neue Kredite

1653 Um leichter neuen Kredit, auch durch Prolongation schon gewährten Kredites zu gewinnen, stellen §§ 264–266 InsO die Möglichkeit bereit, im Insolvenzplan, dessen Erfüllung überwacht wird (§ 260 Abs. 1 InsO), für den Fall neuerlichen Konkurses (§ 266 Abs. 1 InsO) eine Rangabstufung zugunsten von Kreditgläubigern vorzusehen. Die Gläubiger neuer oder stehengelassener Kredite an den Schuldner oder an die Übernahmegesellschaft (§ 260 Abs. 3 InsO), drängen dann in einem aufzuspannenden Rahmen (§ 264 Abs. 1 Satz 2 InsO) die bisherigen Insolvenzgläubiger (soweit es eben nicht die Inhaber prolongierter Darlehensforderungen sind) und auch die Neugläubiger aus Geschäften während der Überwachungszeit auf einen Nachrang zurück (§§ 264 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 265 InsO). Dieser Nachrang schiebt sich vor die Nachrangabstufungen des § 39 InsO (§ 266 Abs. 2 InsO).

i) Wiederaufleben des ursprünglichen Forderungsbestandes

1654 Im Gesetz beschriebenes Mißlingen der Planerfüllung läßt den ursprünglichen Stand einzelner oder aller Insolvenzforderungen wieder aufleben (§ 255 Abs. 1, Abs. 2 InsO). Der Plan kann die Tatbestände und ihre Folgen abweichend setzen (§ 255 Abs. 3 Satz 1 InsO). Er darf dabei allerdings dem Schuldner nicht mehr zumuten als das Gesetz selbst (§ 255 Abs. 3 Satz 2 InsO).

IV. Vorabprüfung durch das Gericht

1655 1. Das Insolvenzgericht prüft den ihm vorgelegten Entwurf auf **Vorlagebefugnis** des **Unterbreitenden** und inhaltliche Gesetzeskonformität, mutmaßliche Akzeptanz und Realisierbarkeit (§ 231 Abs. 1 InsO). Bereits jetzt kann der Plan scheitern, indem das Gericht ihn von Amts wegen zurückweist. Dieser Zurückweisungsbeschluß ist beschwerdefähig (§ 231 Abs. 3 InsO). Das Gericht nimmt die Prüfung auf, sobald der Plan bei ihm eingeht. Es wartet nicht etwa erst einen bestimmten Termin ab (beispielsweise den Berichtstermin oder den Prüfungstermin).

1656 2. Wenn das Gericht den Plan nicht zurückweist, faßt es keinen Annahmebeschluß, da die Annahme des Plans nicht seine Aufgabe, sondern die der Gläubigerversammlung ist (§§ 235 ff. InsO). Das Gericht leitet den Entwurf vielmehr zur Stellungnahme an den Gläubigerausschuß (falls es einen solchen gibt), an Organe der Belegschaft und (je nachdem, wer nicht der Planverfasser war) an den Schuldner oder an den Verwalter (§ 233 Abs. 1 InsO).

1657 Ist das deutsche Verfahren ein Territorialverfahren neben einem auswärtigen Hauptinsolvenzverfahren, so leitet das deutsche Insolvenzgericht den Entwurf dem auswärtigen Verwalter zu (§ 357 Abs. 3 Satz 1 InsO; in weiter Auslegung nicht nur das Sekundärverfahren, sondern auch das ältere, bei Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens noch nicht abgeschlossene Territorialverfahren betreffend).

1658 3. Soweit nicht schon zuvor die Verwertung gestoppt war[23], erwägen das Insolvenzgericht und wegen der Zwangsvollstreckung in Immobilien das Vollstreckungsgericht nun die Aussetzung der Verwertung (§§ 30d Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 ZVG, 233 InsO). Einen frühesten Zeitpunkt, ab dem das Gericht aussetzen darf, nennt das Gesetz nicht. Je eher also der Plan vorgelegt wird, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, daß vollendete Tatsachen noch verhindert werden. Allzu großer Druck besteht aber nicht. Solange der Berichtstermin noch bevorsteht, ruht die Verwertung (§ 159 InsO). Und wenn erst der Berichtstermin die Planung angestoßen

23 Siehe oben Rn. 1620.

hatte (§ 157 Satz 2 InsO), wird schon die Gläubigerversammlung regelmäßig die Verwertung zurückgestellt haben (§ 159 am Ende InsO).

Zinsausgleich für die Aussetzung und Nutzungsausgleich zugunsten der Absonderungsgläubiger sieht das Gesetz ausdrücklich nur für die Aussetzung der Immobiliarvollstreckung vor (§ 30e ZVG). Ausgleichszahlungen, die schon vorher wegen Nichtverwertung oder Nutzung von Immobilien oder Mobilien nach § 30e ZVG, §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Nr. 5, 169, 172 Abs. 1 InsO in Gang kamen, setzen sich fort. Sollten die Zahlungen noch nicht begonnen haben, weil es noch nicht an der in den Vorschriften vorgesehenen Zeit dafür war, sind sie aufzunehmen, sobald die Zeit dafür reif ist. Dies gilt nicht nur für die belasteten Immobilien, wo in der Verbindung von § 30d ZVG und § 30e ZVG die Aussetzung wegen Insolvenzplans ausdrücklich erwähnt ist. Auch bei Mobilien ist die Masse ausgleichspflichtig. §§ 169, 172 InsO beziehen sich zwar nicht ausdrücklich auf die Aussetzung wegen Insolvenzplans, schließen diesen Fall aber auch nicht aus. Darüber hinaus empfangen die selbst zur Verwertung von Mobilien befugten Absonderungsgläubiger (§ 173 Abs. 1 InsO) wegen der Aussetzung Zins- und Nutzungsausgleich in analoger Anwendung von §§ 169, 172 Abs. 1 InsO. **1659**

4. Der entworfene Plan liegt in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts auf (§ 234 InsO). **1660**

V. Zurückweisung des Planes oder Planfeststellung in der Gläubigerversammlung

1. Nach positivem Ausgang seiner Vorabprüfung beruft das Insolvenzgericht die Gläubigerversammlung zu Erörterung und Abstimmung über den Plan ein (§ 235 Abs. 1 Satz 1 InsO). Erörterung und Abstimmung kann das Gericht trennen (§ 241 Abs. 1 Satz 1 InsO). Am separaten Abstimmungstermin kann man schriftlich teilnehmen (§ 242 Abs. 1 InsO). **1661**

Früher als der Prüfungstermin (§ 176 InsO) darf der Termin für den Insolvenzplan nicht liegen (§ 236 Satz 1 InsO). Er kann aber mit dem Prüfungstermin verbunden sein (§ 236 Satz 2 InsO); in dem Falle stehen Erörterung und Abstimmung weiter unten auf der Tagesordnung. Denkbar ist sogar eine Verbindung von Bericht, Prüfung, Erörterung und Abstimmung (§ 29 Abs. 2 InsO mit § 236 Satz 2 InsO). **1662**

Erst nach Ablauf der Prüfung läßt sich der Forderungsbestand einigermaßen sicher erkennen. Die Klarheit des Forderungsbestandes ist für die Akzeptanz des Insolvenzplans unverzichtbar. Auf ungewissen Umfang der Insolvenzforderungen und fragwürdigem Stimmrecht sind Zustimmungen der Gläubiger nicht zu erwarten. Auch wäre es unerträglich, wenn Inhaber erdichteter Forderungen die Inhaber wirklicher Forderungen überstimmen könnten. Nichtsdestoweniger bleiben auch nach dem Prüfungstermin Unsicherheiten, weil das Bestreiten allein die Forderungen nicht unbeachtlich macht. Bis zur endgültigen Klärung (§§ 179 ff. InsO) haben die Inhaber der bestrittenen Forderung Stimmrecht nach Verständigung oder Gerichtsbeschluß (§§ 77 Abs. 2, 237 Abs. 1 Satz 1 InsO). Insgesamt behandelt das Gesetz die Stimmrechte für die Befassung mit dem Insolvenzplan etwas eingehender als für die übrigen Gläubigerversammlungen (§§ 237–239 InsO). **1663**

Der Prüfungstermin muß auch deswegen schon durchgeführt sein, weil die Tabelle mit den Feststellungen (§§ 178 Abs. 1 Satz 1, 183 Abs. 2 InsO) zusammen mit dem Insolvenzplan eine Vollstreckungsgrundlage darstellt (§ 257 Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO). **1664**

2. Die Gläubigerversammlung berät sich über den Plan. Dabei gewünschte Änderungen kann der Entwurfsverfasser in den Plan einfügen, ohne daß der Plan von neuem gemäß §§ 218, 231 ff. InsO vorgelegt und vorabgeprüft werden müßte (§ 240 Satz 1 InsO). Es ist sogar möglich, die Änderung noch während des Erörterungs- und Abstimmungstermins vorzunehmen, um die Abstimmung nicht zu verzögern (§ 240 Satz 2 InsO). **1665**

1666 3.a) Nach der Erörterung stimmt die Gläubigerversammlung über den Plan im Ganzen ab. Er kann nur insgesamt gebilligt werden, nicht teilweise. Die Gläubiger stimmen nach den im Plan gebildeten (§ 222 InsO) Gruppen ab (§ 243 InsO). Innerhalb jeder Gruppe müssen gewisse Mehrheiten erreicht werden (§ 244 InsO). Über Mangel an Zustimmung hilft gegebenenfalls das **Obstruktionsverbot** hinweg (§ 245 InsO). Dabei kommt es vor allem auf die nicht leichte Feststellung an, daß die nicht zustimmenden Gläubiger nach dem Plan nicht schlechter stehen als ohne Plan (§ 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die Feststellung wird nicht separat getroffen, sondern liegt in der nach dem Abstimmungstermin folgenden Bestätigung oder Nichtbestätigung des Insolvenzgerichts (§§ 248 ff. InsO). Weitere **Zustimmungsfiktionen** betreffen die nachrangigen Gläubiger (§ 246 InsO), welche sich auch bei Abschluß des Insolvenzverfahrens ohne Insolvenzplan gewöhnlich nichts zu erhoffen haben (§§ 39, 264–266, 327, 332 Abs. 1 InsO).

1667 b) Das Mehrheitsprinzip gilt nicht im Verhältnis der Gruppen zueinander. Der Plan benötigt die wirkliche oder nach § 245 InsO fingierte Zustimmung aus jeder Gruppe. Das kann den Planverfasser bereits beim Gruppenzuschnitt beeinflussen.[24]

1668 c) Der Schuldner kann seine Ablehnung nicht nur im Abstimmungstermin, sondern auch schon zuvor erklären (vgl. § 247 Abs. 1 InsO). Doch trifft auch ihn ein Obstruktionsverbot (§ 247 Abs. 2 InsO).

1669 d) Erreicht der Plan nicht alle notwendigen Zustimmungen, ist er gescheitert. Eine neuerliche Planvorlage ist damit nicht ausgeschlossen. Hatte allerdings der Schuldner den gescheiterten Plan vorgelegt, so läuft sein erneuter Plan Gefahr, auf Antrag des Insolvenzverwalters schon in der Vorabprüfung zurückgewiesen zu werden (§ 231 Abs. 2 Fall 1 InsO).

1670 e) In der grenzüberschreitenden Insolvenz bedarf es mit Rücksicht auf das europäische Insolvenzrecht von Seiten der betroffenen (nicht sämtlicher) Gläubiger der Einstimmigkeit (Art. 102 § 9 EGInsO).[25] Abgesehen davon fordert das deutsche Internationale Insolvenzrecht im deutschen Territorialverfahren die Zustimmung sämtlicher betroffener Gläubiger (§ 355 Abs. 2 InsO). Zustimmungsfiktionen gemäß §§ 245 f. InsO genügen auch insofern. Gläubiger, deren Forderungen unangetastet bleiben, brauchen nicht zuzustimmen.

VI. Gerichtliche Bestätigung und Schicksal des Insolvenzverfahrens

1671 1. Erreichte der Plan im Abstimmungstermin die notwendige Zustimmung, **prüft** das Gericht den **Inhalt** des Plans auf seinem zuletzt erreichten Stand und die Ordnungsmäßigkeit der **Abläufe**. Nicht jeder Verstoß ist beachtlich. Kam es aber zu wesentlichen Fehlgriffen, versagt das Insolvenzgericht dem Plan von Amts wegen die Bestätigung (§ 250 InsO)[26]. Auf Antrag eines vor dem Abstimmungstermin oder in demselben widersprechenden Gläubigers versagt es die Bestätigung wegen Benachteiligung (§ 251 Abs. 1 InsO); falls der antragende Gläubiger vorab widersprach, ist gleichgültig, ob er im Abstimmungstermin erschien und wie er sich dort verhielt[27].

24 Oben Rn. 1624.

25 Siehe oben Rn. 1611 f.

26 Beispiel: LG Berlin, Beschluß vom 27. Dezember 2007 – 86 T 657/07, ZIP 2008, 324 f., betreffend vom Schuldner verschwiegene Verurteilung wegen Insolvenzstraftat, was eine Lücke im darstellenden Teil des Insolvenzplans nach § 220 Abs. 2 InsO und damit einen schweren Verfahrensfehler nach § 250 Nr. 1 InsO bedeutet.

27 *Lüer*, in: *Uhlenbruck*, § 251 InsO, Rn. 12 f.

Die vom widersprechenden Gläubiger angeführte Benachteiligung gegenüber gesetzlicher Liquidation muß die überwiegende Wahrscheinlichkeit für sich haben[28]. Die Bestätigung versagt das Gericht ferner, wenn der Plan durch vorzuschaltende Maßnahmen bedingt ist und diese nicht binnen angemessener Frist abgeschlossen werden (§ 249 Satz 1 InsO).

Die **Versagung** ist **publik** zu machen (§ 252 InsO) und beschwerdefähig (§ 253 Fall 2 InsO). Stammte der gescheiterte Plan vom Schuldner, so läuft eine neue Vorlage Gefahr, auf Antrag des Verwalters bereits in der Vorprüfung zurückgewiesen zu werden (§ 231 Abs. 2 Fall 2 InsO). 1672

2. Stellt es indessen keine erheblichen Verstöße fest und sind etwaige Bedingungen erfüllt, **bestätigt** das Gericht den Plan (§ 248 Abs. 1 InsO). Diese Entscheidung tut es kund (§ 252 InsO), und auch sie ist beschwerdefähig (§ 253 Fall 1 InsO)[29]. 1673

3. Nach Befriedigung oder Sicherung der Massegläubiger (§ 258 Abs. 2 InsO) und Rechtskraft seines Bestätigungsbeschlusses hebt das Insolvenzgericht den Konkurs auf (§ 258 Abs. 1 InsO). Der Aufhebungsbeschluß wird verbreitet (§ 258 Abs. 3 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 6 MiZi; Art. 102 § 5 Abs. 2 Satz 2 EGInsO), gegebenenfalls auch eine Überwachung oder weitere Besonderheiten aus §§ 260 ff. InsO[30] (§ 267 InsO; XIIa/4 Abs. 1 Nr. 7 Fall 1 MiZi). Beschwerde ist nicht vorgesehen. 1674

Mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens **entfällt** die **Restschuldbefreiung** nach §§ 286 ff. InsO. Das gibt Anlaß zur Aufhebung einer Kostenstundung (§ 4c InsO analog).[31] An die Stelle der Restschuldbefreiung nach § 301 Abs. 1 InsO tritt die Schuldenbereinigung nach dem Plan. 1675

VII. Gestaltende Wirkungen und Planerfüllung

1. Wirksamwerden

a) Mit **Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses** (§ 248 Abs. 1 InsO) entfaltet der Insolvenzplan seine Wirkungen (§ 254 Abs. 1 Satz 1 InsO). Wie rasch der vorgeschriebene Beschluß zur Aufhebung des Insolvenzverfahrens folgt (§ 258 Abs. 1 InsO), ist für das Wirksamwerden gleichgültig. Allerdings wird der Schuldner an einer im Plan vorgesehenen Fortführung seines Unternehmens (vgl. §§ 229 f. InsO) gehindert sein, solange der Konkursbeschlag noch andauert. 1676

b) Von herausragender Bedeutung unter den Wirkungen ist die Erleichterung der Schuldenlast (§§ 223–227 Abs. 1 InsO). Aber auch sämtliche im gestaltenden Teil enthaltenen Willenserklärungen für Transaktionen (§ 228 InsO)[32] wirken mit Eintritt der Rechtskraft (§ 254 Abs. 1 Satz 2 InsO). Weitere für die jeweilige Verfügung nach dem einschlägigen materiellen Recht notwendige Akte, wie zum Beispiel eine Eintragung im Grundbuch, müssen freilich noch geschehen. 1677

28 BGH, Beschluß vom 29. März 2007 – IX ZB 204/05, NZI 2007, 409, 410.

29 Beispiele: LG Berlin, Beschluß vom 20. Oktober 2004 – 86 T 578/04, DZWIR 2005, 298 ff.; LG Berlin, Beschluß vom 8. Februar 2005 – 86 T 5/05, DZWIR 2005, 301 ff.

30 Vgl. oben Rn. 1651 und Rn. 1653.

31 *Becker*, in: *Nerlich/Römermann*, § 4a InsO, Rn. 54, § 4c InsO, Rn. 45.

32 Oben Rn. 1640 ff.

1678 c) Der Plan wirkt nicht nur gegenüber den zustimmenden Beteiligten, sondern auch gegenüber den widersprechenden (§ 254 Abs. 1 Satz 3 Fall 2 InsO). Selbst Insolvenzgläubiger, die sich nicht mit Anmeldung am Insolvenzverfahren beteiligt hatten, müssen den Plan hinnehmen (§ 254 Abs. 1 Satz 3 Fall 1 InsO). Darüber hinaus ist der gesamte Rechtsverkehr gehalten, die durch den Plan ausgelöste Neuzuordnung von Vermögen zu respektieren.

1679 d) Sofern sie das nicht schon für den Zeitpunkt der Aufhebung vorwegnahmen, beschließen die Gesellschafter einer laut Insolvenzplan fortzusetzenden Gesellschaft nunmehr die Fortsetzung.[33]

2. Planerfüllung ohne oder mit Überwachung

1680 a) Der Vollzug des Plans nach Schulderleichterung und Neuzuordnung des Vermögens ist grundsätzlich der Aufmerksamkeit der Beteiligten anheimgestellt. Das Amt des **Insolvenzverwalters** und der **Mitglieder des Gläubigerausschusses endet** mit der **Aufhebung** (§ 258 Abs. 1 Satz 1 InsO). Es herrschen nun wieder dieselbe Freiheit und Eigenverantwortlichkeit des Schuldners und der Gläubiger wie vor dem Insolvenzverfahren.

1681 b) Der Gemeinschuldner büßt die mit dem Plan gewonnenen Schulderleichterungen wieder ein, wenn er mit Berichtigen der verbliebenen Verbindlichkeiten erheblich in Rückstand gerät (§§ 255 Abs. 1, 256 InsO). Der Insolvenzplan kann mildere, nicht jedoch schärfere Regelungen enthalten (§ 255 Abs. 3 InsO). Das Wiederaufleben betrifft vorderhand nur die jeweils rückständigen Schulden. Wenn neuerliche Insolvenz jedoch ein neues Insolvenzverfahren auslöst, erheben sämtliche Forderungen sich wieder zu voller Stärke (§ 255 Abs. 2 InsO). Das betrifft dann auch die augenblicklich noch nicht wieder rückständigen Schulden. Diese Generalisierung in § 255 Abs. 2 InsO spiegelt die von der Eröffnung des zweiten Konkurses ausgelöste vorzeitige (erneute) Fälligkeit gemäß § 41 Abs. 1 InsO wider. Wiederherstellung des ursprünglichen Forderungsbestandes geht aber nur bis zum letzen Stand vor der Aufhebung wegen rechtskräftig bestätigten Insolvenzplans zurück. Nicht etwa wird der Stand vor dem ersten Konkurs, noch vor Anwendung von §§ 41 ff. InsO, wiederhergestellt.

1682 c) Sieht der Insolvenzplan Überwachung der Planerfüllung vor (§ 260 Abs. 1 InsO)[34], so bedeutet dies Abweichung vom Grundsatz gänzlich zurückgegebener Freiheit. Die Verfügungsbefugnis des Schuldners oder der Übernahmegesellschaft (§ 260 Abs. 3 InsO) ist zumindest durch die Obacht des Insolvenzverwalters samt Begleitung durch Insolvenzgericht und etwa berufenen Gläubigerausschuß berührt (§ 261 InsO). Es kann aber auch je nach Planvorgabe die Verfügungsgewalt dadurch beschnitten sein, daß der Verwalter gewissen Geschäften erst zuzustimmen hat (§ 262 InsO), wie dies ebenso als vorläufige Maßnahme während des Eröffnungsverfahren vorkommt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO).

33 Vgl. oben Rn. 1606, Rn. 1648.
34 Oben Rn. 1651 f.

3. Zwangsvollstreckung aus dem Plan mit Tabellenauszug

Ein Nachforderungsrecht wie nach Aufhebung im Anschluß an Totalliquidation (§ 201 Abs. 1 InsO) sieht das Gesetz neben dem wirksam gewordenen Insolvenzplan nicht vor. Denn aus dem Insolvenzplan ergibt sich, was und wann der Gläubiger noch zu fordern hat. Soweit der Gläubiger nach dem Insolvenzplan noch Befriedigung verlangen kann, steht ihm die Zwangsvollstreckung offen. Er benutzt dazu den Feststellungseintrag zur Tabelle (§§ 178 Abs. 1, 183 Abs. 2 InsO) in Verbindung mit dem Insolvenzplan (§ 257 Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO). Dies liegt gleichauf mit Vollstreckung aus der Tabelle nach Aufhebung im Anschluß an völlige Auflösung der Masse (§ 201 Abs. 2 InsO). Zu der von § 257 InsO vorausgesetzten Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderungen kam es auf jeden Fall, weil vorher die Gläubigerversammlung den Plan nicht annehmen konnte (§ 236 Satz 1 InsO). 1683

VIII. Zugriff auf Mithaftende

1. Persönliche oder dingliche Mithaftung für die im Insolvenzplan erleichterte Schuldenlast kann der Gläubiger nach wie vor in Anspruch nehmen (§ 254 Abs. 2 Satz 1 InsO). Gelockert ist hierdurch die (z.B. bei der Bürgschaft gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB) in der Gestaltung der Sicherheit selbst liegende oder (z.B. bei der Grundschuld wegen des Sicherungsvertrages) zumindest obligatorische Akzessorietät von Sicherung und gesicherter Schuld. Der Rückgriff des Mithaftenden gegen den Gemeinschuldner (z.B. bei Bürgschaft gemäß §§ 670, 774 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist auf den Forderungsstand nach dem Insolvenzplan begrenzt (§ 254 Abs. 2 Satz 2 InsO). Ähnliches begegnet bei der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO (§ 301 Abs. 2 InsO). 1684

2. Generelle Mithaftung von Gesellschaftern für die Schulden der insolventen Gesellschaft (z.B. gemäß § 128 Satz 1 HGB) hingegen hatte entweder schon vor der Aufhebung des Konkurses der Insolvenzverwalter (oder nach § 280 Fall 1 InsO der Sachwalter) gemäß § 93 InsO wahrgenommen. Oder sie entfiel im Umfang der Schuldnerentlastung gemäß §§ 227 Abs. 2, 254 Abs. 1 Satz 1 InsO. Ebenso verhält es sich mit der persönlichen Haftung der Eheleute bei dem Insolvenzverfahren über das gemeinschaftliche Gesamtgut einer Gütergemeinschaft (§§ 334, 227 Abs. 1 InsO)[35]. Dasselbe gilt wegen güterrechtlicher Gleichbehandlung (§ 7 Satz 2 LPartG) für eingetragene Lebenspartnerschaften[36]. 1685

3. Rechte auf Befriedigung an Massegegenständen bleiben nach Maßgabe des Insolvenzplans erhalten (§§ 223, 254 Abs. 1 Satz 1 InsO). 1686

IX. Inanspruchnahme des Verwalters oder der Mitglieder des Gläubigerausschusses

Soweit das nicht schon der Insolvenzverwalter (oder nach § 280 Fall 1 InsO der Sachwalter) gemäß § 92 InsO anläßlich eines Gesamtschadens tat[37], steht es den Gläubigern frei, sich nach §§ 60 Abs. 1 Satz 1, 274 Abs. 1, 71 Satz 1 InsO wegen et- 1687

35 Siehe auch oben Rn. 1076.
36 Siehe oben Rn. 1056, 1076, 1639.
37 Siehe oben Rn. 1072 ff.

waiger Fehler in der Amtsführung an den Insolvenzverwalter, den Sachwalter oder die Mitglieder des Gläubigerausschusses zu halten.

X. Neues Insolvenzverfahren

1688 1. Nichterfüllung des Plans macht zwar die Entlastung von Schulden teilweise oder gänzlich hinfällig (§§ 255 f. InsO)[38]. Das Gesetz läßt aber **keine Rückabwicklung** des Plans aufgrund Rücktritts mit der Folge zu, daß das aufgehobene Insolvenzverfahren wieder auflebe. §§ 323, 346 ff. BGB allein vermögen eine solche Rückabwicklung nicht zu tragen, weil der Insolvenzplan nicht lediglich Vertrag ist, sondern auch verfahrensteuerndes Geschäft[39]. Deswegen greifen auch **nicht** die Regeln zum **Wegfall der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB), wenn beispielsweise nachträglich eine strafbare Handlung des Schuldners oder Organe mit Schädigung der Gläubiger oder verschwiegenes Vermögen entdeckt wird.

1689 2. Nicht einmal eine Nachtragsverteilung (vgl. für Aufhebung nach völliger Liquidation § 203 InsO) ist nach Aufhebung wegen rechtskräftig bestätigten Insolvenzplans möglich. Das gilt sowohl bei ordentlicher Planabwicklung als auch bei Störung. Und selbst wenn die Planerfüllung überwacht wird und deshalb Reste des Insolvenzverfahrens fortbestehen (§§ 260 ff. InsO), können die Beteiligten nicht wegen Störungen in das aufgehobene Insolvenzverfahren zurückfallen.

1690 3. Unbenommen bleibt allerdings ein **neuer Konkurs** vor Planerfüllung. Dies ist von § 255 Abs. 2 InsO, wonach mit Eröffnung eines neuen Insolvenzverfahrens alle Insolvenzforderungen zum alten Stand wiederaufleben, vorausgesetzt,[40] desgleichen von der Nachrangregelung zu neuen Krediten in § 266 InsO[41]. Ob die Erfüllung des Insolvenzplans überwacht wird oder nicht, spielt für § 255 Abs. 2 InsO keine Rolle. Für das neue Insolvenzverfahren bedarf es eines Eröffnungsgrundes und auch eines Eröffnungsantrages nach den allgemeinen Regeln (§§ 16 ff., 13 ff. InsO). Nicht etwa genügt die Nichterfüllung einer plangemäßen Pflicht allein – die Planerfüllung mag überwacht werden oder nicht. Gibt es aber eine Überwachung und wird das neue Insolvenzverfahren noch vor Aufhebung der Überwachung (§ 268 Abs. 1 InsO) eröffnet, macht sich die Nachrangregelung zu neuen Krediten bemerkbar (§ 266 InsO). Die Regelung in § 255 Abs. 2 InsO, wonach ein neuer Konkurs die mit dem Insolvenzplan gewährten Erleichterungen hinfällig macht, solange nur der Plan in einem Punkte noch nicht vollständig erfüllt ist, greift vor allem vor der Aufhebung der Überwachung. Sie kann aber auch nach Aufhebung der Überwachung eingreifen, weil die Aufhebung nicht ausschließlich an die Planerfüllung (§ 268 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO) anknüpft. Es ist nämlich denkbar, daß allein wegen Zeitablaufs ohne vollständige Planerfüllung die Überwachung aufgehoben wurde (§ 268 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Auch scheinbare Gewährleistung der Erfüllung konnte Aufhebung vor wirklicher Erfüllung bewirken (§ 268 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 InsO).

38 Siehe oben Rn. 1681.
39 Siehe oben Rn. 1610.
40 Siehe bereits oben Rn. 1681.
41 Siehe oben Rn. 1653.

Vorschriftenregister

AGGVG Bay

Art.	Rn.
25	288

AGSG Bay

Art.	Rn.
113	756
113 ff.	74

AGInsO Hess

§	Rn.
	74
2	305, 756

AGInsO SchlH

§	Rn.
	74
2	305

AktG

§	Rn.
1	287
68	928
78	438
93	439
243 ff.	620
262	182, 401
274	136, 182, 1606, 1648
289	839

Allgemeines Bürgerliches Gesätzbuch für die Reichsgefürstete Grafschaft Friedberg Scheer

	Rn.
	48

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten

	Rn.
1.50	47

ALR

	Rn.
2.17.3	47
2.17.4 ff.	47

AnfG

§	Rn.
	70
11	1015
16	1023
17	819, 826 ff., 1023

AO

§	Rn.
34	812, 901
76	268
140 ff.	588, 813, 954
191	1022
208 ff.	813
251	211
380	639
369 ff.	813, 1590
377 ff.	1590
385 ff.	813

ArbGG

§	Rn.
46	822
437 ff.	48

[Sachsen-Anhaltinisches] Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung

	Rn.
	74

Baden-Württemberg
siehe:
Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

Bayern
siehe:
AGGVG Bay;
AGSG Bay;
Gesetz Nr. 79 zur Aufhebung des Gesetzes über eine Bereinigung alter Schulden;
Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern;
Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften;
SpkG Bay

Bekanntmachung, betreffend die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens

	Rn.
	49

Bekanntmachung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses

	Rn.
	49

Berlin
siehe:
Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

BetrAVG

§	Rn.
7 ff.	62, 581
9	1624

BetrVG

§	Rn.
111	189, 591
111 ff.	331
112	189, 591

BGB

§	Rn.
1	285
2	285
12	380, 978
13	144
14	1216
21	287
26	438
31	355
42	60, 193, 438 f., 1523
54	291
80	287
81	401
86	1523
90	886, 1364
97 f.	919
104	899
104 ff.	285
105	899
107	971, 1029
108	1103
113	1165
119 ff.	368, 620
121	516, 670
126	1252
126a	1252
127a	1641
133	596, 610, 644, 902, 1033, 1089, 1098 ff., 1128, 1162
134	590, 597, 816
135	707, 878
135 f.	1389
136	707, 878
137	381, 911
138	137, 590, 597, 656, 816, 899
142	919, 1017, 1033, 1064
142 ff.	620
143	899, 919, 994, 1017
145	1145
148	1145
151	1548
156 f.	1103
157	596, 610, 644, 1033, 1098, 1102 ff., 1128, 1162
158	27, 262, 577, 596, 627, 708, 798, 921 f., 971, 975, 983 ff., 1029, 1080 f., 1103, 1146, 1254, 1399, 1460
159	596
164	390, 1548
167	390, 902, 1132, 1643
168	902, 1133
177	899, 1078, 1103, 1643
181	988
182 ff.	901
183	902
185	390, 407, 721, 902, 924, 1230, 1403 ff.
186 ff.	512
194	354, 817, 1021
195	1021
197	1265
199	357, 1021
203	763, 817, 1689
204	670, 705, 763, 817, 827, 1040, 1265
209	670
212	763, 817, 1040
215	1021
227 ff.	6
241	977
241a	379
242	596, 638, 1030 ff., 1050, 1089, 1117, 1357, 1390
249	982
257	381, 1255
259	257
266	591
273	418, 1050
275	1105
276	352, 355, 891
278	352, 356
280	347, 357 ff., 416, 439, 553, 590, 733, 761, 891, 901, 933, 975, 979, 1029, 1067, 1104, 1125, 1410
280 ff.	258
281	1029, 1104 f., 1113 ff., 1125
283	1029, 1104 f., 1125
284	1104, 1125
285	1104, 1108, 1125
286	347, 418, 553, 733, 761, 901, 975, 979, 1110, 1463
288	733, 1463, 1528
291 f.	1019
293 ff.	638
305	1217
307	1218, 1347
309	1218, 1347

310	1217
311	11, 357, 439
313	596, 1688
314	1045, 1108
320	21, 418, 576, 983, 1101
322	983
323	733, 899, 983, 1045, 1052, 1083, 1092, 1110, 1114, 1688
325	1108
328	391, 872, 990
330	391
346	983, 1052, 1092, 1110 ff.
346 ff.	368, 1688
349	899, 1115
355	899, 1078, 1115
358 ff.	368
362	12, 626, 924 f., 1038, 1117 f., 1403
364	591, 1038, 1117 f., 1379 f.
372	909
383	1341
387	211, 626, 1064, 1102, 1167, 1171, 1184 f., 1378
387 f.	1018, 1025
387 ff.	1167
388	901, 1168
389	1038
392	1187
394	1172, 1175 f., 1203
397	591, 754, 1064
398	260, 273, 372, 577, 622, 708, 904, 908, 921, 989, 991, 1064, 1102, 1138, 1194, 1261, 1399, 1548
399	381, 928, 1560
400	1547
401	989
406	1200
407	798, 909, 925, 1140
414	1394
415	1394
426	1066, 1255
433	256, 971, 1018, 1119, 1145, 1326
434	1217
434 ff.	1215, 1347
435	1345 f., 1393
437	1119 f.
438	1021
445	1347
449	922, 983, 1029, 1111
453	257, 379, 991
471	912, 1111, 1143 ff.
475	1217 f., 1347
478	1347
479	1217
488	269, 563, 642, 651, 899, 993, 1261
489	368
490	1121
504	601
505	601
516	383, 649
535	962, 1151
542	1030, 1157
543	1045, 1161
546	256, 971, 977, 993
546a	975
551	993
562	256, 622, 635
562b	6
566	585, 1164, 1332
566 b	1140
569	1161
578	622, 1332
581	1151, 1157
604	993
611	649, 863, 1152
613	585
613a	1166, 1332
626	439
631	1087
633	1119
633 ff.	1215
634	1119 f.
636	1105
647	708
651k	580
662	1087, 1126, 1378
667	1087, 1378, 1389
669	1255
670	601, 608 ff., 901, 1087, 1137, 1255, 1684
671	1131
675	600 f., 608 ff., 901, 1029, 1126
675f	600, 1126, 1127, 1174
675x	601
681	1389
687	1389
705	291, 584, 1087
707	1068
713	1137
727	716, 837 f., 1137
728	62, 136, 528, 716, 837 f., 1088, 1136 f., 1261, 1523, 1526
729	1137
730	1078, 1137
733	36
734	36
735	1068
736	587, 1069
740	1078
741	297, 379, 405 f., 584, 834, 841, 1208
744	716
749	841

751 841
763 383
765 21
765 ff. 580
767 842, 1684
768 842
770 1050
771 842, 847
773 282, 842
774 1684
779 591, 769, 1610
781 591, 604, 754, 763
812 12, 1113, 1117, 1254, 1285, 1315 f., 1458, 1461
816 909, 1001, 1389
818 1019, 1049, 1051
819 1019
822 653, 1019
823 11, 439, 590, 816, 901, 933, 978, 982, 993, 1061, 1073, 1589 f.
826 439, 590, 592, 597, 816, 933, 1074
839 252, 350
854 ff. 886
858 6
859 6
860 6
868 1365
873 702, 708, 921, 989, 1149
878 702, 922, 1149
879 578, 1208
879 ff. 1345
883 916, 922, 1145
892 915, 922, 1145
892 f. 700, 917, 922
893 1145
903 11
904 6
925 921, 1641
929 21, 27, 391, 708, 798, 921 f., 971, 983, 988, 1018, 1029, 1103, 1146, 1399
929 ff. 908
930 21, 391, 921, 988
931 1399
932 701
932 ff. 908
946 ff. 920
947 920
947 f. 997
950 904
951 920
956 920
985 971, 977, 982
987 1019
989 f. 1001
1004 977 f.
1007 977, 993
1008 297, 379, 405 f., 584, 841, 1208
1030 962, 1345
1092 381
1098 912, 1143
1113 1393
1113 ff. 577
1116 f. 708
1120 919
1120 ff. 1329
1124 1140
1147 21, 268
1153 989
1154 989
1191 21, 1393
1191 ff. 577
1192 21, 268, 708, 919, 989
1205 1365
1280 1368
1362 394, 405
1363 405
1371 ff. 383, 405
1378 383
1415 848
1416 848
1417 f. 1076
1421 295 f., 404, 848
1422 ff. 296
1450 ff. 295, 1056
1459 395, 404, 848, 1056, 1076
1483 295
1489 426
1492 1524
1497 1524
1569 872
1586b 872
1601 864
1602 864
1603 864
1615 872
1615l 872
1615n 872
1624 649
1666 751, 808
1688 831
1741 831
1744 831
1778 831
1886 831
1897 831
1908b 831
1909 362
1915 831
1922 383, 872, 919, 929, 1019, 1465
1923 295
1937 1
1939 383, 872

1941	872
1942	929
1942 ff.	929
1967	872, 1465
1970	36
1975	426, 438, 753
1975 ff.	36
1980	438 f.
1981	36
1990	753
2032	404
2942	1524
2303	383
2306	929

BNotO

§	Rn.
50	831

BORA

§	Rn.
3	317, 319, 1063, 1264

BRAO

§	Rn.
1	339
7	831
14	831

Brandenburg
siehe:
Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

Bremisches Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung und zur Anpassung des Landesrechts

	Rn.
	74

Brüsseler Übereinkommen

	Rn.
	105

Codex Hammurapi

§	Rn.
114 ff.	40

Codex Juris Bavarici Judiciarii

Kapitel	Rn.
19	46

Depotgesetz

§	Rn.
18	988
32	35
33	35

Digesten

	Rn.
42.3	41
42.7.5.	41

DRiG

§	Rn.
25	307

EAEG

§	Rn.
6 ff.	581

EGBGB

Art.	Rn.
3 ff.	1079
27 ff.	1079
43	972, 984, 1146

EGGVG

§	Rn.
	14
12	502, 727, 751
12 f.	808
13	60, 502, 727, 751, 808 ff.
23	318
39	84, 503

EGInsO

Art.	Rn.
	68
2	51
102	57, 64, 65, 109
102 § 1	71, 463 ff., 492
102 § 2	780
102 § 3	448, 786
102 § 4	788
102 § 5	233, 492, 806, 1482, 1493, 1498, 1504, 1508, 1510, 1674
102 § 6	233, 498, 807
102 § 7	533
102 § 9	1611 f., 1670
102 § 10	1339, 1344, 1415
102 § 11	233, 484, 804, 1267
103	51, 106
104	51
107 a.F.	84
110	51, 84

EGV

Art.	Rn.
36	173
43	294
44	173
48	294
65	66
87 ff.	173
211	173
249	108

EGZPO

§	Rn.
15a	18, 761, 831

EMRK

Art.	Rn.
6	13, 17, 239

EStG

§	Rn.
2	323, 889
15	323
18	323
26	901
41a	639

EuGZAVVO

Art.	Rn.
1	67, 105, 1301
38	1301

EuInsVO

	Rn.
	57, 65, 771
Erwägungsgrund	Rn.
2	66
2 ff.	108, 984
4	984
4 ff.	104
9	110, 141
27	67
32 f.	104
Art.	Rn.
1	66, 104, 110, 129, 140
1 ff.	89
2	106, 140, 152, 388, 449 ff., 456, 875, 1611 f.
3	89, 111 ff., 119, 125 ff., 140, 152, 217, 286, 317, 387 f., 415, 431, 444 ff., 748, 773, 786, 882, 972, 984, 1012, 1145 f., 1152, 1266, 1338, 1391, 1467, 1611 f., 1618
4	57, 93, 110, 111, 263 f., 271, 284, 386, 415, 452, 462, 533, 619, 662, 772, 822, 877, 882, 969, 972, 984, 1012, 1079, 1146, 1152, 1191, 1201, 1224, 1249, 1266, 1301, 1338, 1391, 1475, 1542, 1611, 1618
5	217, 271, 1145, 1321, 1338, 1392
5 ff.	115
6	1191, 1201
7	798, 972, 984, 1146, 1392
9	1192, 1202
10	1152
13	662, 882, 1012, 1201
14	917
15	822
16	286, 317, 386, 415, 431, 451, 691, 772, 882
16 f.	112
17	114 f., 386, 882, 1542, 1612
18	112, 388, 882, 1012, 1338, 1391
20	217, 392, 452, 896, 1012, 1201, 1268, 1475
21	85, 115, 233, 368, 492 f., 806, 1475
21 f.	452, 728, 1481
22	115, 233, 368, 498, 807
23	492 f., 498, 548, 806 f., 1211, 1485, 1494
24	798, 925
26	114 f., 447 f.
27	89, 125, 413 ff., 431, 451
27 ff.	113 ff.
28	111
29	115, 431, 451, 984
31	128, 368, 888, 961, 1339, 1475, 1618
31 ff.	115, 431
32	112, 115, 124, 127, 368, 435, 452, 804, 1266, 1268, 1475, 1612, 1618
33	1339, 1344, 1415, 1621
34	115, 177, 754, 773, 951, 1542, 1612, 1618, 1621
35	1467
36	112, 115, 124, 127, 368, 435, 452, 773, 804, 888, 951, 961, 1266 ff., 1339, 1344, 1415, 1467, 1475, 1542, 1612, 1618, 1621
36 f.	113
37	113, 140, 152
38	112, 691
39	112, 115, 124, 127, 435, 452, 804, 1266
40	115, 233, 366, 484, 804, 1267
41	1267
42	366, 484, 804, 1267
44	104
47	106
Anhang B	106, 113, 140, 152, 451, 875

EuZustVO

	Rn.
	66, 482, 804

Fallitenordnung (Augsburg)

	Rn.
	44

Falliten-Ordnung (Hamburg)

Art.	Rn.
46 ff.	48
75 ff.	48

FamFG

§	Rn.
22a	751, 808
26	251, 701
29	251
76	251
433 ff.	36

Flutopfersolidaritätsgesetz

Rn.
441

Freiburger Stadtrecht

	Rn.
1.13	44

Gandtproceß der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn

Rn.
46

Gantordnung (Augsburg)

Rn.
43

Gantprozeßordnung (Bayern)

	Rn.
1.2	46

GBO

§	Rn.
17	27 ff., 701, 1149
19	1641
29	1643

GenG

§	Rn.
116	1624

Gerichtsordnung (Bayern)

Rn.
46

Gesamtvollstreckungsverordnung

Rn.
50

Gesetz betreffend die Industriekreditbank Aktiengesellschaft

§	Rn.
1	35

[Bayerisches] Gesetz Nummer 79 zur Aufhebung des Gesetzes über eine Bereinigung alter Schulden

Rn.
53

[Hessisches] Gesetz über den Sitz und den Bezirk der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaften

Rn.
14

Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) 1927

Rn.
49

[Saarländisches] Gesetz über die Anerkennung von geeigneten Stellen im Verbraucherinsolvenzverfahren

Rn.
74

Gesetz über die Anerkennung von Gütestellen im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozeßordnung und die obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen

Rn.
18

[Nordrhein-Westfälisches] Gesetz über die Gliederung und die Bezirke der ordentlichen Gerichte

Rn.
14

Gesetz über die Landwirtschaftliche Rentenbank

§	Rn.
13	35

Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern

Rn.
14

Gesetz über die richterliche Vertragshilfe

Rn.
53

Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen

§	Rn.
1	37

Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden

Rn.
53

[Saarländisches] Gesetz zur Ausführung bundesrechtlicher Justizgesetze

§	Rn.
50a ff.	74

[Baden-Württembergisches] Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

Rn.
74

[Berlinisches] Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

Rn.
74

[Brandenburgisches] Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

Rn.
74

Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen

Rn.
1301

[Hessisches] Gesetz zur Regelung der außergerichtlichen Streitschlichtung

Rn.
18

Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse

Rn.
53

[Bayerisches] Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften

Rn.
18

GesO

§	Rn.
	50 f.
18	53

GewO

§	Rn.
29 ff.	831
35	831
12	831

GG

Art.	Rn.
1	198
2	11, 84, 198, 233, 243, 688, 1645
3	15, 18, 173, 215, 243, 1545
10	719
12	173, 343, 688, 1645
13	469
14	11, 243, 688
17	544
19	12, 74 252, 529, 719, 1645
20	12 ff.
23	12
28	12, 18
34	350
72	69 ff.
73	69
74	14 ff., 69
80	72
84	69
92	14
93	544
95	14, 60
97	307
101	237
103	13, 239, 723
104	469
105	69

GKG

§	Rn.
1	60, 731
3	60, 341, 488, 548, 552, 571, 731
22 ff.	585
23	488, 684

Kostenverzeichnis (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG)

Nr.	Rn.
	1211
2210 ff.	1422
2310	684, 731
2310 ff.	60, 341
2311	684, 731
2340	552
9000 ff.	341
9004	488
9014	548
9018	341, 571, 684

GmbHG

§	Rn.
1	402
3	264
13	287
15	928
30	592
31	592
32a a.F.	264, 402, 428, 586, 591, 598, 651, 833, 1055

32b a.F.	264, 586, 598, 651
35	438
43	379, 1071, 1075
60	136, 182, 248, 438, 713, 749 ff., 1523 ff., 1606, 1648
64	439
65	751

GVG

§	Rn.
	14
	60
13	1022
16	237
21e	237, 468
22	468
72	304, 459, 471, 536
119	459
133	459, 538
169	234

GVGA

§	Rn.
168	27

Hamburger Stadtrecht

	Rn.
6.15	43

Hamburgisches Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung

	Rn.
	74

Hessen
siehe:
AGInsO Hess;
Gesetz über den Sitz und den Bezirk der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaften;
Gesetz zur Regelung der außergerichtlichen Streitschlichtung

HGB

§	Rn.
§ 8b	498, 807
17	380, 1351
22	1351
23	380, 1351
25	585, 1332
26	587
32	807
54	1134
56	1134
105	291, 1068
125	438
128	424, 832, 1067, 1071, 1685
128 ff.	62
129a a.F.	402, 428, 586, 651, 833, 1055
130	585
130a	439
131	182, 401, 749, 839 f., 1088
144	136, 182, 1606, 1648
159 f.	62, 587
160	1069
161	439, 839, 1067 ff.
171	1067 f.
172a a.F.	402, 428, 651, 833, 1055
177a	439
230	652
235	1078
236	1259
238 ff.	588, 954
311 ff.	813
316 ff.	588
325 ff.	954
339	954
340l	954
340m f.	813
341m	954
341m f.	813
347	352 ff.
349	842
350	591
355	600, 604, 1128 f., 1170
356	607
366	908
369	256, 1330
377	622
383	391, 624, 1126
384	978, 988
392	391, 978, 988 f.
428	356
453	1126

HinterlO

	Rn.
	28

Hypotheken- und Konkurs-Ordnung (Preußen)

	Rn.
	47

InsO

§	Rn.
	14, 68
1	10, 18, 24, 51 ff., 84, 92, 129 ff., 152, 167 f., 179, 185, 199, 210, 227, 248, 254, 285, 381, 422, 434, 507, 556 ff., 579, 714, 736, 754, 850, 874, 962, 1059 ff., 1109, 1204, 1275, 1303, 1441, 1449, 1486, 1521, 1541 ff., 1573, 1600 ff., 1611, 1624

1 ff. 87 f., 142, 145
2 71 f., 152, 307, 342, 458, 477
2 f. 237
3 121, 152, 454 ff., 477
4 55, 60, 129, 157, 163 ff., 223, 226, 229 ff., 291, 299 ff., 355, 394, 461, 469 ff., 474, 500, 512 ff., 523 ff., 553, 570, 664 ff., 674 f., 684, 687, 724, 777, 787 f., 803, 1058, 1242, 1280, 1333, 1347
4a 227, 242 f., 305, 560, 568 ff., 678, 731, 743 ff., 756 ff., 779, 1473, 1494, 1511 f., 1543, 1574
4a ff. 54, 156, 244, 366
4b 513, 531, 560, 570 ff., 1243, 1516, 1594
4c 227, 572, 1512, 1516, 1565, 1585, 1593, 1675
4d 533
5 191, 221 ff., 231, 234, 246, 251, 421, 433, 507, 523, 664, 672, 686, 932, 935, 941, 945, 1269, 1273, 1314, 1417, 1451
6 150, 157, 220, 252, 304, 412, 459, 471, 481, 523 ff., 547, 570, 683, 783, 788
7 157, 220, 459, 523, 537 f., 570
8 366, 480 ff., 727, 803
9 60, 68, 85, 233, 239, 366, 482, 487 ff., 498, 513, 524, 727, 807
10 240, 436, 438, 509, 723
11 144, 151, 285 ff., 401 ff., 430, 461, 841, 872, 1056, 1067, 1523 ff.
11 f. 129, 284
11 ff. 88, 92, 145
12 71 f., 288
13 14, 23, 135, 146 ff., 163, 192 f., 200, 291, 317, 364 f., 384, 411, 429 ff., 541, 556, 663, 667 f., 684, 752, 782
13 ff. 92, 218, 1690
14 224, 241, 411, 436, 474, 505, 675, 679
15 224, 241, 437, 505, 675, 793
15a 364, 438, 440, 509, 589, 670, 813, 1589
16 193, 222, 411, 412, 567, 636, 686, 742, 779
16 ff. 1690
17 147, 416 ff., 567, 636
17 ff. 92
18 147, 420, 437, 598, 636
19 424, 428, 567, 636, 739, 1506
20 227, 244, 346, 364, 678, 687, 744, 1543 ff.
21 23, 68, 177, 211 ff., 316 f., 328, 366, 374, 384, 469, 505, 513, 533, 571, 612, 623, 690 ff., 750, 762, 895, 975, 998, 1004 ff., 1183, 1205, 1213 f., 1228 f., 1325, 1414, 1417, 1620, 1659, 1682
21 f. 192, 364 ff., 374, 391, 400, 411, 468 f., 641, 663, 696, 792, 801, 812
21 ff. 62, 220, 330, 529, 750, 762, 771, 845, 874
22 177, 227, 316, 324 f., 350 ff., 364, 366, 374, 384, 469, 485, 510, 623, 687 ff., 710, 714, 720, 732, 738 f., 762, 932, 994, 1205, 1325, 1440, 1652
23 481, 490, 496 f., 524, 692 ff., 707, 727, 799
24 384, 391, 695 ff., 823 f., 914, 922, 998, 1006
25 490, 496 f., 725 ff., 751, 851
26 41, 54, 156, 233, 348, 501, 556 ff., 682, 736 ff., 760, 779, 808, 812, 1005, 1209, 1473, 1494, 1498, 1575, 1592
26 ff. 366
26d 54
27 152, 177, 378, 412, 695, 777, 780, 789, 812, 1476
27 ff. 800
28 221, 484, 511 ff., 794 ff., 925, 944, 1188, 1226, 1250 f., 1260, 1267
29 10, 158, 221, 334, 375, 490, 513, 791, 940 ff., 1008, 1277, 1662
30 85, 233, 366, 481 ff., 803 ff., 925, 1250
30 ff. 1481
31 496, 751
31 ff. 233, 366, 807, 810
32 407, 497, 729, 807, 897, 915, 922, 1149, 1335, 1346
33 497, 729, 807, 915
34 150, 364, 412, 533, 664, 683, 688, 747, 783 ff., 810, 1506
35 140, 170, 198, 207, 216, 225 ff., 256, 272 ff., 364, 366, 377 ff., 383 ff., 397, 407, 549, 601, 689, 739, 781, 818, 835, 850 ff., 861, 874, 898, 919, 934, 956, 962 ff., 1001, 1067, 1240, 1464, 1523, 1537, 1581, 1603
35 f. 364

35 ff. 161
36 170, 207, 228, 245 ff., 257, 277, 366, 381, 396 ff., 531, 618, 704, 830, 853 ff., 861, 884 ff., 928, 955, 968, 1160, 1172 ff., 1240 ff., 1400
37 404, 430
38 15, 38, 129, 205, 214 ff., 248 ff., 256, 331, 432, 551 ff., 563, 601, 612, 626, 733, 737, 796, 824, 833, 845, 852, 871, 889, 900, 936, 971, 1001 ff., 1038 ff., 1101, 1128, 1161, 1204, 1244, 1249, 1359 ff., 1407, 1447, 1486, 1631
38 f. 962
38 ff. 158
39 38, 178, 206, 213, 264, 331, 402, 428, 433, 552 ff., 591, 651, 680, 794, 833, 1055, 1110, 1184, 1223, 1257 ff., 1278, 1318, 1418, 1448 ff., 1591, 1634 ff., 1653, 1666
40 257, 871 f., 1248
41 261, 417, 433, 842, 846, 974, 1109, 1185 f., 1227 ff., 1253 ff., 1263, 1384, 1394 ff., 1398, 1528, 1533, 1681
41 f. 1204
41 ff. 1681
42 262, 1080, 1227, 1254, 1285, 1461, 1528
43 844 ff., 1256
44 1256, 1597
44a 586, 651, 1260
45 129, 218, 255, 416 f., 796, 1105 ff., 1154, 1185 f., 1227, 1253
45 f. 1204, 1528, 1533
46 1185 f., 1227 ff., 1253, 1263
47 254 ff., 272, 391, 523, 651, 718, 795, 966 ff., 1103, 1111, 1400
47 f. 38, 130, 159, 205, 212, 256, 458, 856, 968, 1025
48 393, 547, 909, 999, 1002 f., 1111, 1387
49 919, 1393, 1396
49 f. 1361
49 ff. 23, 38, 130, 205, 212, 256, 268, 393, 547, 578, 845, 852, 926, 1025, 1186, 1239, 1329, 1407, 1443, 1627
50 256, 613, 1365, 1368
50 f. 795, 1398
51 256, 680, 964, 983 ff., 1158, 1230, 1365 ff.
52 130, 269, 432 f., 519, 586, 651, 680, 795, 844 ff., 1188, 1246, 1260 ff., 1276, 1285, 1362, 1443 ff., 1459, 1576
53 38, 260, 274, 348, 493, 523, 551, 556, 731, 737, 851, 861, 1010, 1209, 1321, 1420, 1446, 1485, 1494
53 f. 548 f.
53 ff. 130, 160, 212, 273 f., 417, 549, 1211
54 348, 488, 555 ff., 731, 736, 805 ff., 1077, 1209 ff., 1385, 1494
55 255 ff., 273, 316 ff., 353 ff., 368, 384, 549 ff., 623, 732 ff., 805, 866, 889, 900 ff., 973, 975, 983, 994 1001, 1022, 1030, 1139, 1049 f., 1077, 1092 f., 1101 ff., 1130, 1145, 1153, 1179, 1211 ff., 1261, 1317, 1337 ff., 1419 f., 1432, 1445, 1488, 1528, 1574, 1630
56 160, 307, 317 ff., 366, 1073
57 326, 726, 790
58 195, 324, 533, 957 f.
58 f. 366
58 ff. 1324
59 195, 241, 325, 362, 376, 506, 790, 1073, 1563
60 162, 317, 354, 319, 350 ff., 410, 735, 865, 891 ff., 931, 973, 1004, 1013, 1181, 1215, 1251, 1324, 1333 f., 1342 ff., 1381, 1599, 1687
60 f. 354, 458, 890
61 162, 353, 357, 732 ff., 931, 1004, 1101, 1215, 1348, 1599
62 354 ff.
63 319, 345, 571, 731
63 f. 342
64 345, 366, 481, 490, 499, 750
65 68, 342
66 328, 375, 949, 957, 1479
67 195, 265, 330 ff., 366, 721, 801, 894, 1229
67 f. 330, 957
67 ff. 196
68 330 ff., 375, 1453
69 319, 324, 376, 957
70 333, 375, 506
71 360, 865, 1687
72 331, 1599
73 68, 345, 366, 571, 731
74 195, 230 ff., 253, 266 ff., 330 ff., 364 ff., 490, 513, 524, 791, 801, 940, 1229
74 f. 792

74 ff. 10, 196, 230
75 334, 365, 375 f., 957, 1008, 1273
76 10, 230, 235, 268, 332, 366
76 f. 331
77 252, 331, 1663
78 335, 366
79 375, 957
80 182, 188, 207, 211, 248, 278 f., 355, 364, 368, 377, 383, 391, 599, 623, 689, 700, 781, 797 ff., 812, 850, 861, 865, 876, 911, 1132 ff., 1164, 1178 f., 1209, 1230, 1244, 1325, 1357, 1377, 1387, 1440, 1495, 1555
80 ff. 62, 197, 365
81 23, 211, 279, 391, 623, 695, 700 ff., 781, 807, 878, 908, 914 ff., 988, 998, 1006, 1132 ff., 1555
81 f. 700
81 ff. 368, 913
82 278, 703, 781, 798, 909, 925, 1128, 1140
83 929
84 379, 391, 837 ff., 928, 1137, 1261
85 705, 823, 897, 1006, 1022, 1089
85 f. 281, 368, 385, 825, 901, 1336
86 705, 824
87 211 ff., 381, 520, 1062 ff., 1109, 1241 ff., 1272, 1279, 1303, 1309, 1354, 1463, 1487, 1532, 1558, 1573
87 ff. 1168
88 23, 211, 392, 434, 513, 598, 614, 619, 636, 671, 845, 911 ff., 1189, 1558
88 f. 923, 1006
88 ff. 819, 895
89 23, 211, 214, 216, 257, 276, 612, 781, 870, 906, 979, 1240 ff., 1279, 1354 f., 1404, 1487, 1496, 1532, 1558
89 f. 718, 923
89 ff. 391
90 216, 275, 906, 979 f., 1177, 1239, 1487, 1496
91 23, 211, 275 ff., 708, 781, 798, 807, 904 f., 918 ff., 988, 1000, 1006, 1096 ff., 1128, 1132, 1139 ff., 1162, 1405
92 361 ff., 439, 1072 ff., 1333, 1342 f., 1589, 1599, 1639, 1687
92 f. 395, 1006, 1011, 1056 ff.
93 62, 282, 368 f., 379, 820, 832, 848, 1006, 1061 ff., 1209, 1596, 1637, 1685
94 606, 1025, 1102, 1114, 1183 f., 1200
94 f. 211, 1186, 1197
94 ff. 278, 1167 ff.
95 1185 ff.
96 211 ff., 606, 626, 901, 1018, 1025, 1050, 1102, 1114, 1130, 1172 ff., 1187 ff., 1378 ff., 1557
97 30, 227, 364, 687, 698, 855, 1205, 1570
97 f. 885
97 ff. 469
98 30, 227, 364, 469, 505, 513, 687, 698, 720, 724
99 505 ff., 723, 885
100 248, 257, 277, 344, 364, 375, 397, 709, 863 ff., 1214, 1225
101 227, 364, 375, 403, 469, 687 ff., 866, 869, 885, 1214
102 719
103 417, 433, 680, 781, 902, 907, 983, 993, 1029 ff., 1070, 1087 ff., 1139, 1144, 1154 f., 1184, 1221, 1245, 1489, 1528
103 ff. 62, 175, 255, 273, 278, 368, 381, 661, 899, 913, 975, 1006, 1014, 1077 ff., 1167, 1210 ff., 1232, 1488
104 1029, 1089, 1123 ff.
105 734, 781, 901, 1034, 1092 f., 1102, 1153, 1221, 1246, 1445
106 916, 922, 1145
106 ff. 1089, 1123 f.
107 798, 921 f., 983, 1103, 1123, 1146 f.
108 352, 734, 781, 920 ff., 1030 f., 1088, 1112, 1121, 1123, 1131 f., 1150, ff., 1213, 1246, 1445
109 260, 993, 1112, 1157, 1158 ff., 1245
110 781, 1140
111 1164
112 1161
114 383, 513, 615, 617, 781, 911 ff., 921, 1029, 1141, 1167, 1199 f., 1368, 1556 ff.
115 927, 992, 1029, 1077, 1089, 1126 ff., 1212
116 992, 1029, 1126 ff., 1174
117 902, 927, 1132 ff.
118 716, 838 ff., 1136 f., 1214
119 175, 1081 ff.
120 1222
120 ff. 1081 ff., 1124, 1166

121 ff. 331
122 189
123 189, 1209 ff., 1240
124 189, 591, 598, 1222
126 513
128 1166, 1332
129 601, 622 ff., 654 f., 915, 1050, 1054, 1083, 1197
129 ff. 62, 70, 174, 280, 365 ff., 392, 433 f., 458, 593 ff., 617, 680, 711, 717, 735 ff., 816, 857, 901, 910 f., 922, 970, 994, 1007, 1014 ff., 1033, 1056, 1077, 1086, 1127, 1138, 1210, 1559
130 211 ff., 593, 603 ff., 618, 633 ff., 915, 1022
130 f. 626, 633, 647
130 ff. 513, 625, 915
131 211, 593, 603 ff., 617, 626 ff., 640 ff., 1022
132 593, 633 f., 648 ff., 1055, 1259
133 92, 634, 648 ff., 1022, 1055
134 592, 649
135 402, 586, 591, 595, 651, 718, 931, 975, 994, 1015, 1055, 1157, 1228, 1259
136 652, 1259
138 634
139 512 f., 614, 627, 671
139 f. 607, 627
140 513, 627, 671
141 211, 617, 622, 1559
142 608, 654 ff., 1036
143 620, 970, 1015 ff., 1033 ff., 1083, 1259
143 ff. 161, 1014
144 280, 433, 638, 1035 ff., 1070, 1214, 1221, 1245, 1259
145 653, 1019
146 626, 632, 1017, 1021, 1030
147 623, 632, 781, 915, 1014
148 209, 279, 319, 364 ff., 377, 383, 469, 799, 884 ff., 955, 1179, 1230, 1244, 1325, 1357, 1364, 1377, 1416, 1440, 1495
148 ff. 133, 185, 197, 966
149 366, 375 f., 887
150 887
151 934
151 ff. 30, 225, 940, 1623
152 936, 1168, 1205, 1210, 1244
152 ff. 368
153 938, 939
154 366, 499, 934 ff., 1269, 1454
155 328, 368, 954
156 225, 331, 367, 375, 508 ff., 934, 940, 1229, 1277, 1617
156 f. 714, 791
156 ff. 185
157 134, 192, 196 ff., 285, 368, 375, 692, 892, 940 ff., 1091, 1216, 1229, 1323, 1342, 1617 ff., 1658
158 134, 196, 376, 505, 506, 542, 894, 959, 1325, 1620
159 199, 209, 279, 368, 377, 714, 891, 903, 930, 962, 1164, 1212, 1229, 1244, 1323 ff., 1340 ff., 1361 ff., 1377, 1382 ff., 1412, 1440, 1495, 1608, 1620, 1658
160 375 f., 894, 900, 1325, 1334, 1388, 1394, 1401
160 ff. 196, 888, 959
161 366, 375 f., 894, 1334, 1388, 1620
162 375, 1334
162 f. 894, 1334
163 542
164 888, 894, 1334, 1371, 1388
165 297, 1238, 1329, 1340, 1363, 1373, 1395 ff., 1424
165 f. 368, 393
165 ff. 205, 212, 268, 578, 714, 845, 852, 875, 926, 1229, 1239, 1329 f., 1355, 1361, 1440
166 213, 715, 718, 799, 895, 903 ff., 1230, 1238, 1322, 1363 ff., 1401 ff., 1429, 1522, 1628
166 ff. 23, 524, 1231, 1407
168 185, 365, 409, 513, 542, 893, 1212, 1342, 1380 f.
169 212, 697, 718 ff., 931, 1103, 1214, 1228 f., 1343, 1412 ff., 1620, 1659
169 ff. 1364
170 256, 409, 630, 898, 905, 1208, 1238, 1336, 1369, 1378 f., 1390, 1402, 1428 ff.
170 f. 516, 1212, 1228, 1369, 1427, 1443
171 630, 905, 1208, 1428 ff.
172 212, 368, 697, 852, 931, 1103, 1214, 1228, 1412 ff., 1620, 1659
173 365 ff., 532, 799, 895, 1238, 1363 ff., 1399 ff., 1412 f., 1417, 1430, 1522, 1659
174 194, 221, 347, 365, 552, 651, 670, 794, 817, 944, 1058, 1062, 1244 ff., 1263, 1267 ff., 1448, 1530, 1576, 1589
174 f. 10, 158, 368 f., 936
174 ff. 129, 223, 269, 820, 829, 962, 1052, 1077, 1109, 1182 ff., 1204 ff.

175 244, 366, 499, 513, 944, 1269, 1454, 1623
176 158, 196, 214, 364 ff., 433, 512, 518, 532, 875, 944, 1252, 1269, 1277 f., 1451, 1662
176 ff. 10, 132, 196, 221, 251, 791, 1244, 1273, 1321, 1448
177 221, 230, 244, 517, 1251, 1273, 1277, 1451
178 518, 1025, 1265, 1273 ff., 1446, 1455, 1491, 1497, 1529 ff., 1576, 1598, 1664, 1683
178 ff. 196
179 214, 518, 1245, 1274, 1283 ff., 1302, 1456 ff., 1576
179 ff. 60, 158, 220 f., 251, 368, 523, 1212, 1272, 1278, 1284, 1296, 1663
180 214, 281, 458, 825, 1297, 1307
181 1293, 1309
183 221, 347, 1219, 1287, 1294 ff., 1306 ff., 1529, 1664, 1683
184 513, 825, 1291, 1297 ff., 1311, 1315, 1319, 1529
185 19, 1291 ff.
186 244, 245, 1280
187 368, 376, 947, 1271, 1277, 1312, 1321, 1343, 1441 ff., 1533
187 f. 1302
187 ff. 223, 269, 930, 1270, 1287, 1441 ff., 1521
188 490, 499, 947, 1244, 1251, 1263, 1271, 1448 ff., 1573
188 ff. 1452
189 221, 513, 518, 1263, 1271, 1312 ff., 1448 ff., 1480, 1576
189 f. 1462
189 ff. 1244, 1462
190 513, 519, 1263, 1285, 1452, 1459, 1480, 1576
191 262, 1254, 1285, 1452, 1460
192 221, 244, 518 f., 1251, 1312, 1457 ff.
193 1462
194 534, 1454, 1463
195 211, 376, 1449
196 389, 1240, 1374, 1441, 1453 ff., 1459
196 ff. 1374
197 328, 334, 375, 513, 949, 957, 1251, 1453 ff., 1537, 1573, 1615
198 1374, 1456, 1480
199 37, 403, 586, 833, 1055, 1225, 1466, 1526
200 153, 366, 389, 488 ff., 550, 810, 1348, 1374, 1456, 1468 ff., 1493, 1504, 1508, 1510, 1541
201 132, 213 f., 424, 438, 520 f., 1270, 1279 ff., 1299 ff., 1315, 1319, 1343, 1468, 1478, 1491 ff., 1520 ff., 1683
201 f. 366
202 1534
203 366, 1374, 1456 ff., 1517 f., 1528, 1592
204 1469
205 1454, 1469, 1517
206 1446
207 156, 348, 558 ff., 1209, 1243, 1473, 1484, 1494 f., 1514, 1575, 1592
207 ff. 52, 193, 366, 1005, 1465, 1476
208 368 f., 555, 1209, 1241, 1484 ff.
208 ff. 737
209 274, 549 ff., 730, 868, 1010, 1209, 1225, 1241, 1486 ff.
210 1241, 1487 f., 1496
211 558, 868, 1010, 1243, 1478 ff., 1513 ff., 1541
212 193, 412, 541, 567, 589, 754, 782, 788, 1506, 1515, 1526
213 188 ff., 364 f., 541, 754, 782, 788, 1500 ff., 1515, 1526
214 1500
215 132, 213 f., 366, 483, 490, 1478, 1491 ff., 1520, 1529 ff.
216 533, 1476
217 133, 377, 1602
217 ff. 10, 38, 88, 145, 153, 169, 178, 199, 227, 251, 276, 366, 422, 427, 754, 831, 850, 875, 940, 1502, 1600
218 177, 197, 216, 331, 364, 368, 678, 758, 951, 1613 ff., 1665
219 1622, 1628
219 ff. 951
220 1622 f., 1671
221 522, 1622, 1628
222 265, 767, 1624 ff., 1666
223 1626 ff., 1686
223 ff. 1677
224 1625 ff.
224 f. 1632
225 1626 ff.
226 211, 1624 ff.
227 1604, 1636 ff., 1685
227 ff. 1626
228 1640 ff., 1677
229 184, 938, 1644
229 f. 1676

230 184, 1331, 1603, 1605 ff., 1645 ff.
231 366, 1616, 1655, 1669 ff.
231 ff. 1665
232 331, 376, 483, 508, 513
233 1656 ff.
234 366, 499, 1660
235 334, 375, 490, 513, 875, 1642, 1661
235 ff. 940, 1612, 1656
236 375, 875, 946, 1662, 1683
237 252, 1663
237 ff. 1663
238 252
240 1665
241 375, 513, 1661
242 1661
243 767, 1666
243 f. 265
244 767, 1610, 1629, 1666
244 ff. 1624
245 211, 767, 1629, 1666, 1667
245 f. 38, 1670
246 1666
247 1645, 1668
248 366, 376, 505 ff., 1521, 1612, 1649, 1673, 1676
248 ff. 1666
249 1626, 1649, 1671
250 1671
251 1671
252 483, 1612, 1672 f.
253 533, 1672 f.
254 184, 204, 282, 522 ff., 579 ff., 1184, 1612, 1622, 1632 ff., 1676 ff.
255 513, 775, 1654, 1681, 1690
255 f. 1688
256 1681
257 366, 1664, 1683
258 309, 483, 526, 1476, 1515, 1526, 1674 ff.
259 1626, 1650
260 227, 368, 376, 1603, 1651 ff., 1682
260 f. 276
260 ff. 775, 1626, 1674, 1689
261 227, 309, 368, 376, 952, 1651 f., 1682
261 ff. 368
262 1652, 1682
263 1652
264 1628, 1653
264 ff. 1448 ff., 1634, 1653, 1666
265 276, 1653
266 1653, 1690
267 1674
268 1690
269 1651
270 160, 195 ff., 253, 310 ff., 364 ff., 678, 789, 794, 829, 881, 945 ff., 1250, 1323
270 ff. 88, 145, 188, 712
271 327, 790, 881
272 312, 365, 375, 505, 790
273 490
274 68, 312 ff., 342, 350, 366, 548, 571, 790, 958, 1687
274 ff. 881
275 369 f.
276 196, 376, 888, 960
277 353, 366 ff., 888
278 311, 344, 364, 369, 397, 867
279 369 f., 1090, 1124
280 369, 910, 1009, 1062, 1073, 1685 ff.
281 328, 369, 935 ff., 1479
282 369 f., 799, 1329, 1355, 1361, 1371, 1388, 1426, 1438, 1522
283 369, 948 ff., 1281, 1292, 1304, 1453 ff.
283 ff. 598
284 940, 951 f., 1600, 1617, 1651
285 369, 1485
286 129, 134, 142, 153, 422, 427, 1243, 1477, 1541
286 ff. 18, 51 ff., 84, 88, 142, 146, 227, 315, 559, 1468, 1477, 1515, 1542, 1636, 1675, 1684
287 53, 84, 153, 192, 216, 276, 313 ff., 366, 371, 513, 559, 678, 743, 781, 831, 1029, 1141, 1240, 1492, 1538 ff., 1577, 1581
287 ff. 259, 754, 760
288 320 ff.
289 153, 526, 1243, 1477 ff., 1491 f., 1513, 1541 f., 1562
289 ff. 315
290 92, 137, 227, 366, 438, 1479, 1540 ff., 1564 f., 1581, 1584, 1595
291 366, 1479, 1541, 1563
292 276, 313, 324 ff., 365 ff., 559, 1141, 1270, 1287, 1343, 1454, 1478, 1492, 1520, 1538, 1547 ff., 1566 ff.
293 68, 342, 366
294 132, 211, 521, 1279, 1468, 1478, 1491, 1520, 1532, 1538, 1557, 1573, 1624
295 227, 277, 371, 383, 559, 861, 1538, 1545, 1553, 1566 ff., 1581
296 227, 505 f., 1568, 1582, 1595
296 f. 1542

296 ff.	366, 1492, 1566, 1579
297	1582
298	505, 550, 559 ff., 1575, 1582
299	1566
300	366, 490, 505 ff., 1243, 1542, 1568, 1579, 1583 ff.
301	132, 248, 282, 521, 528, 579 ff., 831, 1243, 1520, 1536, 1586 f., 1597, 1632, 1675, 1684
302	114, 563, 1252, 1278, 1588 ff., 1635
303	227, 366, 490, 505 f., 1593
304	18, 88, 138, 142 ff., 169, 190, 200, 222, 231, 316, 672, 792
304 ff.	18, 285, 305, 754
305	52, 68 ff., 146 ff., 169, 177 ff., 199 f., 259, 315, 337, 364, 422, 427, 474, 485, 515, 579 ff., 665 ff., 678, 685, 754 ff., 817, 1543 ff., 1615
305 ff.	88, 133, 138, 168, 178, 251, 831, 1502, 1544, 1600
305a	169, 177, 754
306	147 ff., 169, 200, 481, 665, 689, 745, 755 ff. 792, 1544
306 ff.	177 ff., 199, 366, 427, 665, 754, 817
307	512 f., 765 f.
308	153 f., 204, 513 ff., 528, 765 ff., 1515
309	153 ff., 251, 366, 766 f.
310	178, 347, 553, 761
311	147, 154, 169, 285, 771, 779
311 ff.	754
312	23, 88, 138, 145, 153, 187, 197, 211, 216, 231, 253, 310, 375, 392, 434, 513, 614, 671, 754, 757, 789 ff., 845, 913, 935 ff., 1007 f., 1277, 1327, 1417, 1502, 1558, 1600
312 ff.	88
313	68, 160, 314 ff., 342 ff., 365 ff., 532, 548, 571, 789 ff., 865, 880, 892, 910, 935 ff., 1007 ff., 1016 f., 1020 ff., 1062, 1073, 1090, 1124, 1219, 1238, 1250, 1292, 1320 ff., 1355, 1361, 1382 ff., 1408, 1413, 1430, 1440, 1453, 1459, 1479, 1485, 1522, 1547 ff. 1563
314	373, 506, 513, 1327, 1440, 1542, 1562 ff.
315	164, 461, 477
315 ff.	36, 151, 164, 686, 872, 1465, 1524
317	430, 505, 675
317 f.	437
318	295, 404, 430, 675
319	513, 669
320	416, 420, 426, 438
321	23, 211, 392
324	212, 1219
325	254
327	38, 213, 264, 433, 680, 794, 1257, 1278, 1448 ff., 1634, 1666
328	1450
330	437
331	38, 665, 844
332	36, 115, 164, 254, 416 ff., 461, 669, 675, 1219, 1278, 1448 ff., 1524, 1634, 1666
333	420 ff., 675
333 f.	36, 115, 164, 1525
334	395, 849, 1006, 1056, 1076, 1596 ff., 1638, 1685
335	121, 386, 415, 457, 972, 1079, 1191, 1201, 1249, 1266, 1391, 1475, 1611
335 ff.	57, 64, 109, 117 ff., 454
336 ff.	121
338	1191
339	662
341	119 ff., 435, 804, 1266 ff., 1475
342	392, 896, 1201, 1268, 1475
343	126, 386, 415, 431, 457, 882
343 ff.	122
344	366, 691
345	85, 366, 492, 806, 1475, 1482, 1493 ff.
346	366, 498, 807
348	71, 454, 467, 492, 691, 806
350	798, 930
351	972, 984, 1392
352	822
354	119 ff., 387, 454 ff., 466, 882, 1266
354 ff.	127 f.
355	128, 754, 773, 1542, 1612, 1670
356	125 ff., 413 ff., 431, 457, 882
356 ff.	122, 128
357	128, 368, 754, 888, 951, 961, 1339, 1475, 1612, 1619, 1657
357 f.	431
358	1467

Institutionen

	Rn.
3.12.pr.	41

InsOAG M-V

§	Rn.
	74
2	305

InsVV

§	Rn.
	68, 731, 1211
1	343, 1374, 1422
1 ff.	342
2	343
2 ff.	1211
3	1422
7	1437
17 f.	345

Investmentgesetz

§	Rn.
38	35

KO 1877

§	Rn.
160 ff.	49

KO 1898

§	Rn.
	51
1	378, 403
17	1101
59	264, 432
61	1257
61 f.	264
63	264
103	432
164	1299
173 ff.	49
207	289
209	289
213	289
226	264
227	264

Konkursordnung (Preußen)

§	Rn.
	48
181 ff.	49

KWG

§	Rn.
	66
1	425 ff., 645, 1369
22a	989
22j	989
23a	581
46b	60, 192, 416 ff.
46d	1600
46e	128, 1266
46f	1267
47	171

[Rheinland-Pfälzisches] Landesgesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

	Rn.
	74

Landrecht der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn

	Rn.
15.10 ff.	46

LPartG

§	Rn.
6	406
7	295 f., 404, 849, 1076, 1638, 1685
8	394, 406

Lübecker Stadtrecht

	Rn.
Zusatz 128	42

Mecklenburg-Vorpommern
siehe:
InsOAG M-V

MiZi

Nr.	Rn.
	502
XIIa	60, 366
XIIa/1	727 ff., 822
XIIa/1 ff.	812
XIIa/2	751
XIIa/3	808, 822, 1481
XIIa/4	810, 1481, 1493 ff., 1582 ff., 1674

Niedersächsisches Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung

	Rn.
	74

Nordrhein-Westfalen
siehe:
Gesetz über die Anerkennung von Gütestellen im Sinne des § 794 Abs.1 Nr.1 der Zivilprozeßordnung und die obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung in Nordrhein-Westfalen;
Gesetz über die Gliederung und die Bezirke der ordentlichen Gerichte;
SpkG NRW;
VwVG NRW;
WDR-Gesetz NRW

Nürnberger Reformation

Titel	Rn.
11	44

OWiG

§	Rn.
15	6
16	6

Pfandbriefgesetz
§ Rn.
30 35

PflichtVG
§ Rn.
1 32

Proceßordnung für das Königreich Bayern
Art. Rn.
1173 ff. 48
1316 49

Prozeß-Ordnung (Preußen)
Theil.Titel Rn.
2.26 47

ProdHaftG
§ Rn.
10 32

Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern
Art. Rn.
1173 ff. 48

PublG
§ Rn.
6 588
9 588

RDG
§ Rn.
8 305

Reichspolizeiordnung
Titel Rn.
22 45

Rheinland-Pfalz
siehe:
Landesgesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

Richtlinie 98/26/EG
Rn.
65 ff.

Richtlinie 2001/17/EG
Rn.
65 f.

Richtlinie 2001/24/EG
Rn.
65 f.

Richtlinie 2002/47/EG
Erwägungsgrund Rn.
3 67
5 67
65, 213

RPflG
§ Rn.
3 60, 252, 307, 468, 861
4 469
5 470
9 307
11 60, 252, 471 f., 531 ff.
18 60, 252, 307, 468 ff., 694, 1476

RVG
§ Rn.
44 346
59 731

Saarland
siehe:
Gesetz über die Anerkennung von geeigneten Stellen im Verbraucherinsolvenzverfahren; Gesetz zur Ausführung bundesrechtlicher Justizgesetze

Sachsen-Anhalt
siehe:
Ausführungsgesetz zur Insolvenzordnung

Sächsisches Ausführungsgesetz zu § 305 InsO
Rn.
74

Schiffahrtsrechtliche Verteilungsordnung
§ Rn.
1 34

Schleswig-Holstein
siehe:
AGInsO SchlH

SGB III
§ Rn.
183 ff. 62, 581

SGB V
§ Rn.
171b 288

SGB VIII
§ Rn.
44 831

SGB XII

§	Rn.
11	346

SpkG Bay

Art.	Rn.
4	288, 581

SpkG NRW

§	Rn.
6	581

StGB

§	Rn.
14	1073, 1589
32	6
34	6
40	114
70	815
136	781, 883, 887
203 f.	933
263	440, 590, 1061, 1589
263 ff.	813
266	813
266a	639, 813, 1589
267 ff.	1589
283	418, 814
283 ff.	414, 590, 598, 813, 1073, 1589
283b	418, 814
283c	418, 814
283d	418, 814
288	813
356	317, 319, 1063, 1264

StPO

§	Rn.
132a	815
160	812 f.

StVG

§	Rn.
12	32

Thüringer Gesetz zur Ausführung der Insolvenzordnung

	Rn.
	74

UmwG

§	Rn.
1	1607
3	1607
123	1607
123 ff.	1607
124	1607

UrhG

§	Rn.
11	380
12	380
15	380
29	380
31	380, 1341
70 ff.	380
113	380

UStG

§	Rn.
1	1337, 1432 ff.
2	1337, 1432 ff.
3	1337, 1432
4	1433
13a	1337, 1432 ff.
15	1433

UStR

Abschnitt	Rn.
2	1432
24	1432

UWG

§	Rn.
17 f.	933

VAG

§	Rn.
	66
66	35
67	35
77a	35
77b	1142
88	60, 128, 192, 430, 1266
88a	1267
89b	171, 1600

VbrInsVV

	Rn.
	68, 146, 474, 668, 678, 755

VerglO

	Rn.
	49 ff.

Verhaltenskodex der Mitglieder des Arbeitskreis der Insolvenzverwalter Deutschland e.V.

Nr.	Rn.
1.1	319

Verordnung (EG) Nr. 1346/2000
siehe:
EuInsVO

Verordnung (EG) Nr. 44/2001
siehe:
EuGZAVVO

Verordnung (EG) Nr. 1206/2001
Rn.
66, 238

Verordnung (EG) Nr. 1896/2006
Rn.
66

Verordnung (EG) Nr. 1393/2007
siehe:
EuZustVO

Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet
Rn.
68

Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik
Rn.
50

Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands

Rn.
Anlage II, Kapitel III,
Sachgebiet A,
Abschnitt II, Nr. 1 50

VOB/B

§	Rn.
8	1081
14	1081

VVG

§	Rn.
1	21
14 a.F.	1084
16	1142
100	277, 1230
109	34
110	268, 277, 381, 1230, 1404
149 a.F.	277
150	391, 990
159	391, 649, 990

VwGO

§	Rn.
113	529
173	822

VwVG NRW

§	Rn.
78	288

WDR-Gesetz NRW

§	Rn.
1	288

WEG

§	Rn.
1	297, 379, 841
10	297
11	297
43	251

ZPO

§	Rn.
	14
12	368
12 ff.	460
13	460
17	460
19a	62, 368
36	461
40	477
50	129, 283, 301
51 ff.	283, 302
57	291
59	163, 1066
64	980
72 ff.	980
75	980
78	303 f., 536
79	303
91	551, 979, 1022
91 f.	552 f.
91 ff.	553, 1027, 1317
103	979, 1487
103 ff.	1028
114 ff.	570
115	531, 573, 1243, 1594
116	368, 705, 824, 879, 901, 1022, 1306
120	531
121	305
128	229 ff., 818, 1278
129a	304, 476, 667
130	474, 674
130a	474, 667
139	242, 664
145	165
147	129, 163, 299 f., 394, 665, 777, 1058, 1065, 1465
150	166
160	1610, 1641
166 ff.	482
170 ff.	803
214 ff.	512
222	512
230	512 ff.
233	512
233 ff.	244, 512, 535, 1280

240 62, 214, 281, 384, 705, 764, 818 ff., 897 ff., 1022, 1089 ff., 1529
249 818, 1297
250 823, 897, 1089, 1303, 1529
253 192, 474, 674, 1245, 1463
253 ff. 9, 1022
256 214, 980
257 979
259 979
261 666
263 1307
264 1022 f., 1065, 1307
265 1065
269 684
270 483
273 226
278 1610
280 830
281 478
284 1278
291 226
294 675
299 f. 500
300 ff. 523
301 221
304 830
307 626
308 1245
319 ff. 525
321a 543, 547
329 481 ff., 524
355 238
355 ff. 1278
362 238, 540
371 ff. 226
373 ff. 226
402 ff. 226, 687
415 ff. 226
445 226
485 ff. 22, 818
496 473, 667
567 531, 724
567 ff. 157, 535, 570
568 471
569 304, 481, 491, 512 f., 535 f., 788
570 535 f., 538, 787
571 536
572 471, 536
573 540
574 513, 537 f.
574 ff. 157, 537
575 512, 538
578 1289, 1297
592 ff. 22, 221
688 ff. 9, 22, 221, 251, 1022, 1463
704 8, 22, 251, 884
704 ff. 9, 251
720a 613
724 f. 1532
724 ff. 251
727 1536
727 ff. 1065
739 405
749 1065
754 192
758a 469
765a 884
766 211, 531, 545, 913
767 251, 1065, 1289, 1297 ff., 1455, 1503, 1533 f., 1586
771 27, 251, 272, 578, 620, 680, 981, 1400
775 913
777 847
788 1212
793 531
794 8 f., 18 ff., 251, 635, 763, 768, 1300, 1610
795 1297
796 1300
796a ff. 9, 22
797 1300
803 556
804 27, 613 ff., 1355
805 27 ff., 268, 578, 1400
806a 30
807 30
808 616
808 ff. 928, 1333, 1409
809 27
811 228, 397, 403, 853, 861, 955, 968
811 ff. 396
811a 853
811b 853
812 398
817a 1333
819 616
826 f. 27
827 28
828 ff. 928, 1409
829 8, 381, 614, 721, 727, 797, 886, 913, 928, 1187
845 6 ff.
850 ff. 396, 861
850b 863
850d 870, 1242
850f 861, 1242
850 ff. 1547
851 381, 928, 1560
852 405
853 28
853 ff. 27
854 28

857	27, 381, 928
864 ff.	29
872 ff.	28 f.
879 ff.	29
883	469, 884
885	469, 884
888	257
899 ff.	30
901	30
904 ff.	469, 724
913	513
915	31, 501
915 ff.	501
915b ff.	501
915e	501
915h	501
916 ff.	9, 22, 221, 613
930	613
935	981
1042 ff.	9
1067 ff.	66, 482

ZVG

§	Rn.
	14
1	612, 697
10	29, 579, 614, 618, 1208, 1228 ff., 1345, 1355, 1373, 1395 ff., 1422 ff., 1443
10 f.	578
11	29, 1345, 1397
20	1329, 1422
21	1422
30d	23, 62, 211 f., 612, 697, 718, 762, 895, 1228 ff., 1396, 1620, 1658 f.
30e	62, 718, 931, 1214, 1228 ff., 1343, 1412 ff., 1620, 1659
30f	725
44	578, 1345, 1361, 1395
44 ff.	1238
52	578, 1345, 1361, 1395 f.
55	1329
57	585, 1140
57a	1164, 1332
57b	1140
74a	1333
85	355
85a	578, 1333
91	578, 1345, 1361
95	545
105 ff.	29
109	1208, 1228 ff., 1421 ff., 1443
111	1396 f.
117	1443
118	1443
146	618
146 ff.	1238
153b	895, 931, 1214, 1228, 1343, 1396, 1412, 1620
155	29, 1395
156 ff.	29
165	1333
170 f.	579
171i	29
172	1238, 1332, 1343 ff., 1373, 1395 ff., 1424, 1443
172 f.	60
172 ff.	297, 545, 1143, 1329, 1340
174a	578, 1231, 1345, 1361, 1395 ff., 1421 ff.
180	297

Zwölftafeln

	Rn.
3.1 ff.	40

Entscheidungsregister

Entscheidung	Randnummer
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	
EGMR, Urteil vom 27. Juli 2000 – 33379/96	17
EGMR, Entscheidung vom 12. Dezember 2002 – 59021/00	13
Europäischer Gerichtshof	
EuGH, Urteil vom 5. November 2002 – Rs. C-208/00	294
EuGH, Urteil vom 2. Mai 2006 – Rs. C-341/04	446
EuGH, Urteil vom 12. Februar 2009 – Rs. C-339/07	444
Bundesverfassungsgericht	
BVerfG, Beschluß vom 24. März 1976 – 2 BvR 804/75	243
BVerfG, Beschluß vom 24. April 1979 – 1 BvR 787/78	243
BVerfG, Beschluß vom 25. Juli 1979 – 2 BvR 878/74	243
BVerfG, Beschluß vom 11. Juni 1980 – 1 PBvU 1/79	12, 17
BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83	84, 233, 487
BVerfG, Beschluß vom 25. Februar 1985 – 1 BvR 1086/85	12
BVerfG, Beschluß vom 14. Mai 1985 – 1 BvR 370/84	243
BVerfG, Beschluß vom 3. Dezember 1986 – 1 BvR 872/82	243
BVerfG, Beschluß vom 26. April 1988 – 1 BvR 669, 686, 687/87	243
BVerfG, Beschluß vom 23. Juni 1990 – 2 BvR 674/88	12
BVerfG, Beschluß vom 8. Oktober 1991 – 1 BvR 1324/90	12
BVerfG, Beschluß vom 12. Februar 1992 – 1 BvL 1/89	12
BVerfG, Beschluß vom 1. August 1996 – 1 BvR 121/95	12
BVerfG, Beschluß vom 23. August 1999 – 1 BvR 1138/97	17
BVerfG, Beschluß vom 18. Januar 2000 – 1 BvR 321/96	243, 252
BVerfG, Beschluß vom 20. Juli 2000 – 1 BvR 352/00	17
BVerfG, Beschluß vom 9. Oktober 2001 – 1 BvR 622/01	6
BVerfG, Beschluß vom 28. April 2004 – 1 BvR 912/04	831
BVerfG, Beschluß vom 3. August 2004 – 1 BvR 135/00 und 1086/01	318
BVerfG, Beschluß vom 23. Mai 2006 – 1 BvR 2530/04	318
BVerfG, Beschluß vom 4. August 2009 – 1 BvR 369/08	318
Bundesgerichtshof	
BGH, Urteil vom 2. April 1959 – III ZR 25/58	350
BGH, Urteil vom 24. Juni 1963 – VII ZR 229/62	1050
BGH, Urteil vom 4. Mai 1974 – VI ZR 8/73	832
BGH, Urteil vom 16. September 1985 – II ZR 275/84	832

BGH, Urteil vom 20. Dezember 1988 – IX ZR 50/88	1101
BGH, Urteil vom 6. Juni 1989 – VI ZR 281/88	37
BGH, Urteil vom 12. Dezember 1989 – VI ZR 311/88	37
BGH, Beschluß vom 27. November 1997 – GSZ 1 und 2/97	1439
BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 – IX ZR 353/98	601
BGH, Urteil vom 17. Juni 1999 – IX ZR 176/98	924
BGH; Urteil vom 9. Dezember 1999 – IX ZR 102/97	1022
BGH, Urteil vom 6. April 2000 – IX ZR 422/98	721, 902
BGH, Urteil vom 6. April 2000 – IX ZR 122/99	902
BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 – IX ZR 262/98	902
BGH, Urteil vom 18. Mai 2000 – IX ZR 119/99	624
BGH, Urteil vom 6. Juni 2000 – XI ZR 258/99	627
BGH, Urteil vom 4. Juli 2000 – VI ZR 192/99	597
BGH, Urteil vom 6. Juli 2000 – IX ZR 198/99	614
BGH, Beschluß vom 14. Dezember 2000 – IX ZB 105/00	714
BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 – II ZR 88/99	428
BGH, Urteil vom 26. Mai 2001 – VI ZR 114/00	590, 592
BGH, Urteil vom 19. Juli 2001 – IX ZR 36/99	632, 1010
BGH, Urteil vom 14. September 2001 – V ZR 231/00	1145
BGH, Beschluß vom 18. September 2001 – IX ZB 51/00	447
BGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 – IX ZR 17/01	639
BGH, Urteil vom 7. März 2002 – IX ZR 223/01	601
BGH, Urteil vom 10. April 2002 – XII ZR 37/00	1164
BGH, Urteil vom 11. April 2002 – IX ZR 211/01	618
BGH, Urteil vom 23. April 2002 – IX ZR 136/01	597
BGH, Urteil vom 25. April 2002 – IX ZR 313/99	890, 1101, 1102, 1220
BGH, Urteil vom 1. Juli 2002 – II ZR 380/00	294
BGH, Urteil vom 11. Juli 2002 – IX ZR 262/01	1364, 1369
BGH, Urteil vom 18. Juli 2002 – IX ZR 195/01	710, 732
BGH, Beschluß vom 1. Oktober 2002 – IX ZR 125/02	901
BGH, Urteil vom 1. Oktober 2002 – IX ZR 360/99	601
BGH, Urteil vom 29. Januar 2003 – VIII ZR 155/02	294
BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 – IX ZR 81/02	714, 715, 1369, 1390, 1417
BGH, Urteil vom 13. März 2003 – VII ZR 370/98	294
BGH, Urteil vom 20. März 2003 – IX ZR 166/02	905
BGH, Urteil vom 15. Mai 2003 – IX ZR 218/02	1230
BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 – XI ZR 50/02	1121
BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 – IX ZR 51/02	921
BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 – IX ZR 75/01	989
BGH, Urteil vom 7. Juli 2003 – II ZR 241/02	439
BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 – IX ZR 272/02	650
BGH, Beschluß vom 21 Juli 2003 – AnwZ B 37/03	831
BGH, Urteil vom 9. Oktober 2003 – IX ZR 28/03	626
BGH, Beschluß vom 9. Oktober 2003 – IX ZB 34/03	290
BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 252/01	649, 970
BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 165/02	214, 1089, 1110, 1115, 1296
BGH, Beschluß vom 27. Oktober 2003 – II ZA 9/02	408
BGH, Urteil vom 20. November 2003 – IX ZR 259/02	1390, 1431

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2003 – IX ZR 199/02	618
BGH, Beschluß vom 15. Januar 2004 – IX ZB 96/03	343
BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 – IX ZR 39/03	639
BGH, Beschluß vom 22. Januar 2004 – IX ZB 123/03	571
BGH, Beschluß vom 4. März 2004 – IX ZB 133/03	547
BGH, Beschluß vom 31. März 2004 – XII ZR 167/00	818
BGH, Urteil vom 1. April 2004 – IX ZR 305/00	626
BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 – IX ZR 48/03	353
BGH, Beschluß vom 18. Mai 2004 – IX ZB 189/03	216, 276, 682, 859, 1581
BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – IX ZR 2 /01	609
BGH, Beschluß vom 15. Juli 2004 – IX ZB 172/03	784
BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 – IX ZR 224/03	1184, 1196
BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – IX ZR 183/03	649
BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – IX ZR 270/03	626
BGH, Beschluß vom 21. Oktober 2004 – IX ZB 205/03	830
BGH, Urteil vom 17. Dezember 2004 – IX ZR 185/03	353
BGH, Urteil vom 7. April 2005 – IX ZR 138/04	1377
BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 – IX ZR 123/04	417
BGH, Urteil vom 2. Juni 2005 – IX ZR 181/03	584
BGH, Beschluß vom 2. Juni 2005 – IX ZB 235/04	1022
BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 – IX ZR 152/03	640, 641
BGH, Beschluß vom 7. Juli 2005 – IX ZB 266/04	1624
BGH, Urteil vom 25. Juli 2005 – II ZR 390/03	539
BGH, Urteil vom 22. September 2005 – VII ZR 117/03	1185
BGH, Beschluß vom 22. September 2005 – IX ZB 55/04	144
BGH, Urteil vom 14. November 2005 – II ZR 178/03	1071
BGH, Urteil vom 17. November 2005 – IX ZR 162/04	921
BGH, Urteil vom 28. November 2005 – II ZR 355/03	585
BGH, Beschluß vom 1. Dezember 2005 – IX ZB 17/04	1470, 1471
BGH, Beschluß vom 14. Dezember 2005 – IX ZB 207/04	675
BGH, Beschluß vom 12. Januar 2006 – IX ZB 239/04	860
BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – IX ZR 154/03	644, 655
BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 – IX ZR 232/04	614
BGH, Urteil vom 6. April 2006 – IX ZR 185/04	644, 655
BGH, Urteil vom 11. April 2006 – IX ZR 220/05	901
BGH, Urteil vom 13. April 2006 – IX ZR 22/05	1486, 1488
BGH, Beschluß vom 4. Mai 2006 – IX ZB 202/05	863
BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 – IX ZR 247/03	1141
BGH, Beschluß vom 29. Juni 2006 – IX ZB 245/05	675, 680
BGH, Beschluß vom 3. Juli 2006 – AnwZ (B) 57/05	831
BGH, Beschluß vom 6. Juli 2006 – IX ZB 263/05	1539
BGH, Urteil vom 13. Juli 2006 – IX ZR 152/04	1196
BGH, Beschluß vom 27. Juli 2006 – IX ZB 204/04	412
BGH, Beschluß vom 27. Juli 2006 – IX ZB 141/05	1022
BGH, Urteil vom 10. August 2006 – IX ZR 28/05	210, 1105
BGH, Urteil vom 21. September 2006 – IX ZR 173/02	704
BGH, Urteil vom 28. September 2006 – IX ZR 136/05	626
BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 – IX ZR 109/05	1141

BGH, Beschluß vom 20. November 2006 – NotZ 26/06	831
BGH, Urteil vom 7. Dezember 2006 – IX ZR 157/05	618
BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – IX ZR 102/03	635, 708, 1140, 1141
BGH, Urteil vom 21. Dezember 2006 – IX ZR 66/05	975
BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 – IX ZR 31/05	601
BGH, Beschluß vom 18. Januar 2007 – IX ZB 108/06	570
BGH, Beschluß vom 18. Januar 2007 – IX ZB 170/06	783
BGH, Urteil vom 1. Februar 2007 – IX ZR 96/04	1019
BGH, Urteil vom 5. Februar 2007 – II ZR 234/05	439
BGH, Beschluß vom 5. Februar 2007 – II ZR 51/06	439
BGH, Urteil vom 1. März 2007 – IX ZR 81/05	975
BGH, Beschluß vom 22. März 2007 – IX ZB 8/05	1251
BGH, Urteil vom 26. März 2007 – II ZR 310/05	439
BGH, Beschluß vom 27. März 2007 – IX ZB 204/05	1671
BGH, Beschluß vom 28. März 2007 – IX ZB 25/05	819
BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 – IX ZR 8/06	901
BGH, Beschluß vom 21. Juni 2007 – IX ZR 39/06	444
BGH, Beschluß vom 21. Juni 2007 – IX ZB 51/06	783
BGH, Urteil vom 5. Juli 2007 – IX ZR 185/06	1151
BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 – IX ZR 120/04	606, 626, 1018, 1021, 1170
BGH, Beschluß vom 12. Juli 2007 – IX ZR 210/04	1022
BGH, Urteil vom 16. Juli 2007 – II ZR 3/04	592
BGH, Beschluß vom 11. Oktober 2007 – IX ZB 270/05	1584
BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 – IX ZR 217/06	704, 901, 1080
BGH, Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 165/05	635, 1139
BGH, Beschluß vom 29. November 2007 – IX ZB 12/07	432
BGH, Urteil vom 29. November 2007 – IX ZR 30/07	635
BGH, Beschluß vom 12. Dezember 2007 – VII ZB 108/06	214, 819
BGH, Urteil vom 12. Dezember 2007 – XII ZR 23/06	438
BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 – IX ZR 132/06	993
BGH, Urteil vom 10. Januar 2008 – IX ZR 33/07	1022
BGH, Urteil vom 14. Februar 2008 – IX ZR 38/04	418
BGH, Beschluß vom 13. März 2008 – IX ZB 39/05	630
BGH, Beschluß vom 27. März 2008 – IX ZB 144/07	536
BGH, Urteil vom 28. April 2008 – II ZR 264/06	172
BGH, Beschluß vom 29. Mai 2008 – IX ZB 303/05	317
BGH, Beschluß vom 29. Mai 2008 – IX ZB 102/07	448
BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – XI ZR 283/07	627, 704, 901, 1080
BGH, Urteil vom 12. Juni 2008 – IX ZR 100/07	1293
BGH, Beschluß vom 12. Juni 2008 – IX ZB 220/07	890
BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – IX ZR 84/07	971
BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 47/05	608
BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 144/05	635
BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 87/07	617
BGH, Beschluß vom 3. Juli 2008 – IX ZB 182/07	277, 666
BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 – IX ZR 132/07	1443
BGH, Beschluß vom 25. September 2008 – IX ZB 205/06	1586
BGH; Beschluß vom 25. September 2008 – IX ZB 1/08	1544

BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 138/06 970, 1006
BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 59/07 626
BGH, Beschluß vom 16. Oktober 2008 – IX ZB 77/08 884
BGH, Beschluß vom 20. November 2008 – IX ZB 199/05 1069
BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 – ZR 156/07 947, 1455
BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 – IX 194/07 1231
BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 – IX ZR 192/07 383
BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 – IX ZR 66/07 1115
BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 – II ZR 213/07 402,651
BGH, Beschluß vom 5. Februar 2009 – IX ZB 245/08 538
BGH, Urteil vom 9. Februar 2009 – II ZR 292/07 592
BGH, Beschluß vom 12. Februar 2009 – IX ZB 112/06 895
BGH, Urteil vom 2. April 2009 – IX ZR 23/08 1404
BGH, Beschluß vom 2. April 2009 – IX ZB 182/08 1022
BGH, Beschluß vom 7. Mai 2009 – IX ZB 133/07 1568
BGH, Urteil vom 7. Mai 2009 – IX ZR 140/08 610
BGH, Beschluß vom 14. Mai 2009 – IX ZB 116/08 1582
BGH, Urteil vom 19. Mai 2009 – IX ZR 39/06 444
BGH, Urteil vom 25. Juni 2009 – IX ZR 98/08 1128
BGH, Beschluß vom 25. Juni 2009 – IX ZB 222/08 512
BGH, Beschluß vom 2. Juli 2009 – IX ZR 126/08 1263, 157
BGH, Beschluß vom 17. September 2009 – IX ZB 214/08 529
BGH, Teilurteil vom 24. September 2009 – IX ZR 234/07 1209

Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayObLG, Beschluß vom 2. Dezember 1999 – 4 Z BR 8/99 685, 760
BayObLG, Beschluß vom 6. August 2001 – 4 Z BR 7/01 721

Oberlandesgerichte

OLG Celle, Beschluß vom 13. September 2000 – 2 W 85/00 685
OLG Celle, Beschluß vom 4. April 2001 – 2 W 38/01 766
OLG Celle, Beschluß vom 24. Januar 2002 – 2 W 4/02 766, 775
OLG Celle, Beschluß vom 1. Juni 2005 – 16 VA 3/05 318
OLG Celle, Beschluß vom 5. September 2006 – 4 AR 60/06 598
OLG Celle, Urteil vom 23. Dezember 2008 – 14 U 108/08 1184
OLG Dresden, Urteil vom 11. November 1999 – 4 U 2045/99 924
OLG Dresden, Urteil vom 29. Januar 2004 – 13 U 2163/03 623
OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Januar 2003 – 16 U 112/02 1099
OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. September 2006 – I-5 U 6/06 381
OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 26. Januar 2006 – 15 U 200/05 444
OLG Hamburg, Beschluß vom 22. März 2000 – 11 W 11/00 818
OLG Hamburg, Beschluß vom 19. Oktober 2005 – 2 Va 2/05 318

OLG Hamburg, Urteil vom 30. März 2007 – 11 U 231/04 294
OLG Hamm, Urteil vom 4. September 2001 – 27 U 34/01 601
OLG Hamm, Urteil vom 7. Oktober 2003 – 27 U 81/03 989
OLG Jena, Urteil vom 23. August 2000 – 2 U 92/00 618
OLG Karlsruhe, Beschluß vom 23. November 2001 – 11 W 142/01 740
OLG Karlsruhe, Beschluß vom 9. August 2004 – 19 W 41/04 1065
OLG Karlsruhe, Urteil vom 8. April 2005 – 14 U 200/03 640
OLG Koblenz, Beschluß vom 16. Dezember 1999 – 12 VA 5/99 318
OLG Koblenz, Beschluß vom 12. Mai 2005 – 12 VA 1/04 318
OLG Köln, Beschluß vom 24. Januar 2000 – 16 W 29/99 593
OLG Köln, Beschluß vom 18. August 2000 – 2 W 155/00 861
OLG Köln, Beschluß vom 9. Februar 2001 – 2 W 19/01 766
OLG Köln, Urteil vom 19. Dezember 2007 – 2 U 16/08 1446
OLG Köln, Beschluß vom 2. Juni 2009 – 55 Zs 27/09 319
OLG München, Beschluß vom 29. August 2000 – 2 Ws 991/00 170, 813
OLG München, Urteil vom 25. Juli 2001 – 7 U 3576/00 618
OLG München, Urteil vom 2. August 2002 – 21 U 5950/01 618
OLG München, Urteil vom 22. Juni 2004 – 25 U 5618/03 1377
OLG Naumburg, Urteil vom 20. August 2003 – 5 U 67/03 428
OLG Nürnberg, Urteil vom 19. August 1998 – 12 U 2082/98 628
OLG Oldenburg, Beschluß vom 5. Juli 1963 – 2 W 20/63 403
OLG Rostock, Urteil vom 31. Juli 2006 – 3 U 161/05 1126
OLG Rostock, Urteil vom 2. April 2007 – 3 U 162/06 649
OLG Saarbrücken, Urteil vom 8. November 2000 – 1 U 513/00 1352
OLG Saarbrücken, Urteil vom 8. November 2000 – 1 U 513/00-115 382
OLG Schleswig, Urteil vom 31. Oktober 2003 – 1 U 42/03 357
OLG Stuttgart, Beschluß vom 14. Januar 2000 – 8 W 374/99 und 375/99 342, 747, 750
OLG Stuttgart, Beschluß vom 23. Oktober 2001 – 8 W 483/01 861
OLG Wien, Beschluß vom 9. November 2004 – 28 R 225/04w 448
OLG Zweibrücken, Beschluß vom 26. Oktober 2000 – 3 W 206/00 219
OLG Zweibrücken, Beschluß vom 30. Januar 2002 – 3 W 235/01 1548

Landgerichte

LG Bayreuth, Urteil vom 30. Mai 2000 – 33 O 44/00 1061
LG Berlin, Beschluß vom 20. Oktober 2004 – 86 T 578/04 1673
LG Berlin, Beschluß vom 8. Februar 2005 – 86 T 5/05 1673
LG Berlin, Beschluß vom 27. Dezember 2007 – 86 T 657/07 1671
LG Duisburg, Beschluß vom 13. September 1999 – 24 T 123/99 51

LG Frankfurt am Main, Beschluß vom 22. Oktober 1999 – 2-19 O 448/99 618
LG Frankfurt/Oder, Beschluß vom 6. April 2000 – 6(a) T 407/99 664, 672
LG Göttingen, Beschluß vom 30. Januar 2002 – 10 T 7/02 664
LG Göttingen, Beschluß vom 4. Dezember 2007 – 10 T 146/07 447
LG Göttingen, Beschluß vom 3. November 2008 – 10 T 119/08 428
LG Hechingen, Urteil vom 6. August 2004 – 3 S 21/04 769
LG Hildesheim, Urteil vom 16. Januar 2001 – 10 O 135/00 832
LG Leipzig, Urteil vom 31. August 1994 – 6 O 4342/94 7
LG Lübeck, Urteil vom 16. März 2000 – 11 O 19/2000 902
LG Marburg, Urteil vom 28. November 2001 – 2 O 205/01 630
LG Stendal, Beschluß vom 14. Februar 2002 – 22 U 208/01 1417
LG Tübingen, Urteil vom 24. Mai 2005 – 1 O 2/05 649

Amtsgerichte

AG Bonn, Beschluß vom 5. September 2001 – 98 IN 196/99 325
AG Darmstadt, Beschluß vom 20. Februar 1999 – 9 IN 1/99 312
AG Düsseldorf, Beschluß vom 12. März 2004 – 502 IN 126/03 448
AG Duisburg, Beschluß vom 6. Juli 1999 – 60 IN 82/99 543
AG Duisburg, Beschluß vom 1. September 2002 – 62 IN 167/02 300, 311, 712
AG Essen, Beschluß vom 1. September 2009 – 166 IN 119/09 460
AG Göttingen, Beschluß vom 26. Juli 1999 – 71/74 IN 145/99 433
AG Göttingen, Beschluß vom 18. Oktober 2000 – 74 IN 131/00 297
AG Göttingen, Beschluß vom 27. April 2005 – 74 IN 130/05 1539
AG Göttingen, Beschluß vom 12. Oktober 2007 – 74 IN 304/07 277, 1581
AG Göttingen, Beschluß vom 7. Mai 2008 – 74 IN 391/07 447
AG Hamburg, Beschluß vom 4. Dezember 2001 – 68g IK 78/01 672
AG Hamburg, Beschluß vom 14. Mai 2003 – 67g IN 358/02 294
AG Hamburg, Beschluß vom 11. September 2006 – 67g IN 58/06 291
AG Köln, Beschluß vom 15. Oktober 2002 – 71 IK 103/02 668
AG Köln, Beschluß vom 14. April 2003 – 71 IN 25/02 198
AG Köln, Beschluß vom 23. Januar 2004 – 71 N 1/04 431
AG Potsdam, Beschluß vom 1. Februar 2001 – 35 IN 478/00 291
AG Potsdam, Beschluß vom 10. April 2001 – 35 IN 69/01 293
AG Potsdam, Beschluß vom 26. März 2004 – 35 IN 68/03 343
AG Saarbrücken, Beschluß vom 25. Februar 2005 – 106 IN 3/05 294
AG Siegen, Beschluß vom 24. September 2002 – 25 IN 203/01 1590

Bundesfinanzhof

BFH, Urteil vom 14. August 2001 – XI R 56/00	323
BFH, Urteil vom 12. Dezember 2001 – XI R 56/00	323
BFH, Urteil vom 19. August 2008 – VII R 6/07	1590

Finanzgerichte

FG Brandenburg, Urteil vom 16. März 2004 – 1 K 2949/02	1437

Bundesarbeitsgericht

BAG, Urteil vom 20. Juni 2002 – 8 AZR 459/01	1332
BAG, Urteil vom 20. September 2006 – 6 AZR 215/06	1332
BAG, Urteil vom 25. Januar 2007 – 6 AZR 559/06	1332
BAG, Beschluß vom 27. Februar 2008 – 5 AZB 43/07	1022
BAG, Urteil vom 30. Oktober 2008 – 8 AZR 54/07	1332

Landesarbeitsgerichte

LAG Düsseldorf, Urteil vom 27. Oktober 2004 – 12 (13) Sa 1348/04	1099
LAG Stuttgart, Beschluß vom 26. März 2001 – 1 Ta 12/01	1487

Arbeitsgerichte

ArbG Essen, Urteil vom 18. Mai 2004 – 2 (4) Ca 34/04	1099

Verwaltungsgerichtshöfe

VGH Kassel, Beschluß vom 3. März 2005 – 6 TG 2352/04	178

Sachregister

Die angegebenen Zahlen entsprechen den Randnummern, auch wenn das Gesuchte sich in einer Fußnote befindet.

A
Abgaben siehe: Steuer
Abschlagsverteilung 1251, 1441 ff.
absolutes Verfügungsverbot 707, 878
Absonderung 205, 212 f., 268 ff., 277, 381, 393, 409, 516, 680, 795, 845 ff., 852, 856, 906 f., 919, 931, 983, 989, 1186, 1208, 1214, 1228 ff., 1238, 1246, 1260 ff., 1276, 1285, 1321 ff., 1329 f., 1353 ff., 1393 ff., 1398 ff., 1443 ff., 1459, 1538, 1624, 1627 ff., 1686
Abstimmungstermin 334, 1661 ff.
Abtretung 260, 272, 273, 381
Abtretungsverbot 928, 1560
Abweisung mangels Masse (siehe auch: Massearmut) 54, 556 ff., 682, 736 ff., 808, 1011
Abzinsung 1109, 1227, 1253, 1263
Adoption 831
Akkord 48 f.
Akteneinsicht 500
Aktiengesellschaft 287
Akzessorietät 842, 846, 1253, 1357 ff.
Alimentation siehe: Unterhalt
allgemeine Vorschriften 86 ff., 145
allgemeiner Gerichtsstand 455, 460 ff.
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 47
Altlasten 1336
Altmassegläubiger 1488
amtliche Auskunft 226
Amtsbetrieb 195, 482
Amtsermittlung 221, 222 ff., 251, 421, 433, 675, 686 ff., 701, 932, 1314
Amtshaftung siehe: Staatshaftung
Anderkonto 383
Anerkennung 105, 112, 114, 125, 286, 386,
Anfechtung 174, 280, 392, 433 f., 458, 593 ff., 617 ff., 620 ff., 711, 717, 735, 739, 781, 816, 819, 857, 899, 910, 965, 994, 1007 ff., 1014 ff., 1064, 1086, 1197, 1221, 1245, 1251, 1259, 1487, 1495, 1559
Anfechtung der Leistung 1037 ff.
Anfechtung der Verpflichtung 1037 ff.
Anfechtungsfrist 627 f., 671
Angehörige 137, 163, 248, 634, 813, 861 ff.
Anhörung siehe: rechtliches Gehör
Ankündigung der Restschuldbefreiung 1541, 1562 ff.
Anmeldung siehe: Forderungsanmeldung
Anregung an das Insolvenzgericht 542
Anscheinsvollmacht 1134 f.
Anstalt 287
Antrag 14, 192, 411 ff., 429 ff., 474, 663 ff., 736 f., 1543 ff., 1690
Antragsbefugnis 192, 429 ff., 664, 684
Antragspflicht 193, 438 ff., 670, 749, 813, 816, 891, 1073 ff., 1589
Anwaltszwang 303 ff., 473
Anwartschaft 391, 990
Anwartschaftsrecht 971, 1146 ff.
Arbeitnehmer 331, 450, 634, 649
Arbeitsentgelt 206, 813,
Arbeitseinkünfte 859, 913, 1029, 1141, 1240, 1464, 1472, 1538, 1547 ff.
Arbeitskraft 170, 198
Arbeitsmittel 397, 402, 854
Arbeitsplätze 139, 172, 189 f., 282
Arbeitsvertrag 1165 f.
Arrest 43
Arrestatorium 727
Arrestverfahren 9
Arzt 382
Auffanggesellschaft 1604 f.
Aufforderung zur Anmeldung 484, 794 ff., 1267
Aufgabenverteilung 363 ff.
Aufhebung 389, 483, 490, 1348, 1468, 1476 ff., 1479 ff., 1674 f., 1680
auflösende Bedingung 1081, 1227, 1234, 1254, 1461, 1469, 1528
Aufnahme 385, 823 ff., 897, 901, 1006, 1297, 1303, 1336, 1529
Aufrechnung 278, 901, 1018, 1025, 1064, 1102, 1114, 1167 ff., 1245, 1557
Aufrechnungsverbot 606, 626, 1018, 1174, 1183, 1193 ff.
aufschiebende Bedingung 1234, 1254, 1460
Aufsicht 195, 324
Aufsichtsrat 438
Auftrag 1087, 1126, 1131,
Aufwendungsersatz 608, 611, 1104, 1108, 1137, 1255, 1320
Aufzeichnung 588, 813, 954 ff.
Augenschein 226
Augsburg 43, 44
Auseinandersetzung 1261
Ausfallversicherung 21
Ausführungsgesetze zur Insolvenzordnung 73 f.
ausgeschiedener Gesellschafter 1069
Ausgleichszahlung 1229, 1412 ff., 1659
Auskunft (siehe auch: amtliche Auskunft; Mitwirkungspflicht des Schuldners) 30, 227, 687

Auskunftei 494
Auskunftspflicht 855
Auslagen 548 ff.
Auslagenersatz 340 ff.
ausschließliche Zuständigkeit 477
außerordentliche Beschwerde 547
Aussonderung 205, 212, 272, 391, 458, 545, 651, 718, 795, 856, 962 ff., 1111 f., 1157, 1208, 1228 ff., 1237, 1246
Ausstattung 649
Ausstellung 380,
Austausch des Verwalters 325 ff.
Austauschpfändung 396

B
Bargeschäft 608, 654 ff.
Baustopp 721
Bayern 46, 48
Beamter 831
Bedingung 975, 1254, 1285
Befriedigung 129 ff., 248, 377, 414, 736, 1063, 1303, 1440 ff.
Befriedigungsrecht siehe: Absonderung
Begleitverfahren 155 ff.
Beibringungsgrundsatz 223
Beihilfe 173
Beiordnung 305, 746
Beitrag 1591
Beitrittsgebiet 50
Bekanntmachung siehe: öffentliche Bekanntmachung
Belegenheit 388
beneficium excussionis realis 847
Benutzung von Absonderungsgut siehe: Bewirtschaftung; Verwertungsaufschub
Bereicherung 1093, 1113, 1117, 1214
Bereicherungsausgleich nach Anfechtung 1050 ff.
Berichterstattung 932 ff., 1007, 1244
Berichtigung 525
Berichtstermin 334, 791 f., 892, 930, 940 ff., 1007 f., 1210, 1277, 1323 ff., 1617, 1620, 1662
berücksichtigungsfähige Forderung 1452, 1455 ff.
Berufung 1297
Berufsverbot 815
Beschäftigungsgesellschaft 172
Beschlag siehe: Massebeschlag
Beschleunigung 219 ff.
Beschluß 523 ff.
Beschwerde 150, 220, 252, 304, 459, 471, 483, 530 ff., 688, 724, 747, 750, 783 ff., 1582, 1593, 1655, 1672 f.
Bestellung des Verwalters 317 ff.
Besitz 993, 1364 ff.
bestrittene Forderung 1456
bestrittene Insolvenzforderung (siehe auch: Rückbehalt; Widerspruch) 1271, 1278, 1296 ff.
Beteiligte 253 ff.
Beteiligtenfähigkeit 283 ff.
Betreuer 831
Betrieb 1328, 1332, 1337
Betriebsänderung 189 f., 591, 808, 1166
Betriebsmittel 402
Betriebsstillegung 134, 196, 198, 376, 505, 506, 542, 721, 894, 1091
Betriebsübergang 134, 196, 376, 505, 506, 542, 1166, 1325, 1332
Betriebsvereinbarung 1166, 1222
Betrug 419, 592, 813, 1061, 1589
Beweiserhebungen durch den ersuchten Richter 238
Beweismittel (siehe auch: Amtsermittlung) 226
Beweissicherungsverfahren 22, 818
Bewirtschaftung 715 f., 732, 734, 754, 799, 852, 888 ff., 1215, 1230, 1244, 1325, 1357, 1364, 1404 f., 1440, 1495
Bezugsrecht 391
Bezugsvertrag 1094
Bildnis 380
Binnenmarkt 129
Brief 380
Briefkastenfirma 294
Bruchteil siehe: Gemeinschaft
Bruchteilseigentum 297, 379, 405 f., 841
Buchführung siehe: Aufzeichnung
Bürge (siehe auch: Mitverpflichtung) 21, 626, 776, 842 ff., 847, 1061, 1596, 1684
Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Insolvenzrecht« 75 f.
Bundesagentur für Arbeit 282, 751, 808
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 192, 430
Bundesanzeiger (siehe auch: öffentliche Bekanntmachung) 488

C
cessio bonorum 41
Civilprozeßordnung 49
Code de commerce 48
Codex Hammurapi 40
Corpus Iuris Fridericiani 47

D
Darlehen 649, 1088, 1121, 1152
darstellender Teil 1622 f.
Dauerschuldverhältnis 1088, 1094, 1123, 1150 ff., 1574
deliktische Forderung siehe: unerlaubte Handlung
Deutsche Demokratische Republik 50

Devolutiveffekt 530
Dienstaufsichtsbeschwerde 543
Dienstvergütung (siehe auch: Arbeitseinkünfte; Arbeitsentgelt) 1200
Dienstvertrag 649, 1088, 1152, 1165
Disposition 9 f., 20 ff., 782, 1245, 1275
Dispositionskredit siehe: Kontokorrent; Kreditlinie
Dispositionsmaxime 192 ff., 196
distractio bonorum 41
Dokumentation 932 ff.
Drittschuldner 278, 703, 797 ff., 909, 924 f., 980
Drittwiderspruchsklage 27, 272, 578, 680, 981, 1400
drohende Zahlungsunfähigkeit 414, 420 ff., 598
Dürftigkeitseinrede 753
Duldungsbescheid 1022
Duldungsvollmacht 1134 f.
Durchbrechung von Vermögensverschiebungen 622
Durchgangserwerb 624
Durchgriffshaftung (siehe auch: Gesellschafterhaftung) 1071
Durchsuchung 469

E
Eheleute 295 f., 394, 404, 406, 430, 461, 665, 849, 1056, 1076, 1596, 1638, 1685
Ehrenamt 831
eidesstattliche Versicherung 30 f.
Eigenantrag 135, 146, 149 f., 169, 437 ff., 474, 665, 681, 743, 754 ff., 1544 ff., 1584
eigenkapitalersetzendes Geschäft siehe: kapitalersetzendes Geschäft
Eigentumsvermutung 394, 406
Eigentumsvorbehalt 27, 795, 921 f., 971, 983 f., 988, 1029, 1103, 1146
Eigenverwalter 310 f., 369, 712, 789 f., 881
Eilverfahren 219
Einbehalt siehe Rückbehalt
Eingaben 473 ff.
eingetragene Lebenspartnerschaft siehe: Lebenspartner
eingetragener Verein 287
Einheitsverfahren 52, 152, 202 ff., 1601
Einkaufskommission (siehe auch: Kommission) 624, 988
Einkommensteuer 733, 860, 889, 901, 1337
Einlage 833, 1259
Einlagensicherungsfonds 581
Einspruch 1297
Einstellung 187 f., 193, 483, 490, 737, 782, 788, 1011, 1209, 1465, 1476 ff., 1526
Einstellung auf allseitiges Einverständnis 1500 ff.
Einstellung mangels Insolvenz 1506 ff.
Einstellung mangels Masse 558, 1243, 1484, 1494 ff.
Einstellung wegen Masseunzulänglichkeit 558, 730, 868, 1243, 1484 ff.
Einstellung wegen Todes des Schuldners 1510
einstweilige Anordnung 536, 538
einstweilige Verfügung 981
Einziehungsermächtigung 721, 799, 902 ff., 1065, 1230, 1405
Einzugsermächtigung siehe: Lastschrift
electronic mail 474
Empfangszuständigkeit 799, 1062 ff.
Endurteil 1274
Entlastung 757
Erbbaurecht 890
Erbschaft 383
Erfüllungsinteresse 353
Erfüllungsort 103
Erfüllungswahl siehe: Wahlrecht
Ergänzungspflegschaft 362
Erinnerung 252, 472, 539 f., 913
Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung 545
Erkenntnisverfahren 9, 14, 22, 214
Erlaß 419, 591, 754, 1064
Erlösauskehr 847, 947 f.
Erlösverteilung 10, 24, 26 ff., 33 ff., 1244, 1251, 1254, 1270, 1274, 1279, 1312, 1315, 1374, 1440 ff., 1602
Ermächtigung 390, 902 ff., 1406 f.
Eröffnung 481, 490, 496 f.
Eröffnungsantrag siehe: Antrag
Eröffnungsbeschluß 777 ff.
Eröffnungsgrund 222, 411, 414 ff., 779, 1690
Eröffnungsverfahren 152, 177, 663 ff., 762 ff., 1555
Eröffnungszeitpunkt 781
Erörterungstermin 334, 1661 ff.
Ersatzabsonderung 547, 909, 1387
Ersatzaussonderung 393, 547, 996 ff., 1111
ersuchter Richter 540
Erwerb aus der Masse 902 ff., 913 ff.
Erwerber 279
Erwerbsobliegenheit 1567 f.
Erzwingungshaft 30, 469, 696, 720
Etablissementbezeichnung 1351
europäische Insolvenzverordnung 57, 65 f., 89, 104 ff.
Europäisches Mahnverfahren 66
Existenzvernichtungshaftung 592
Exklusivität der Gesamtvollstreckung (siehe auch: Vollstreckungssperre) 210 ff., 895, 1062 ff., 1245, 1303, 1354, 1463

F
Factoring 991
Fairness 243

Fälligkeit (siehe auch: Verwertungsreife) 261, 417, 433, 842, 974, 1185 f.,1227 ff., 1253 ff., 1384, 1394, 1398, 1681
Familie siehe: Angehörige; Unterhalt
Familiengericht 751, 808
Familienpflege 831
Fast-Null-Plan 759, 766
Fehlallokation 173
Feststellung 1271 ff., 1455 ff.
Feststellungsklage 980, 1307,
Feststellungskosten 1369, 1390, 1419 ff.
Finanzamt 259, 680, 751, 808, 812 f., 1022
Finanzdienstleister 104, 425, 1174
Finanzinstrumente 1369
Finanzmarktkrise 172
Finanzsicherheit 645
Firma 380, 1351
Firmenbestattung 598
Fixkauf 1125
Flucht 43, 44
Flutopfersolidaritätsgesetz 441
Forderungsanmeldung 10, 194, 221, 223, 517, 670, 817, 820, 829, 1077, 1109, 1182, 1204, 1244 ff., 1272, 1576, 1597
Formblatt siehe: Vordruck
formelle Rechtskraft 526
Fortführungswert 739
fortgesetzte Gütergemeinschaft 36, 151, 164, 295, 404, 426, 430, 461, 1524
Fortsetzung der Gesellschaft 182, 1526 f., 1606
Fortsetzungsfeststellungsklage 529
forum shopping 108, 447, 984
Frachtgeschäft 356
Franchisevertrag 1088, 1094
Freibeweis 226
Freiburg 44
Freigabe (siehe auch: modifizierte Freigabe) 383, 407 ff., 709, 854, 858, 870, 878, 895, 897 f., 918, 1335 f., 1440, 1479, 1537
freihändige Verwertung 1341 ff., 1373, 1401 ff., 1409
Freiheit 198, 688
Freiheitsgrundrecht 469
Freistellungsanspruch 277, 381, 1255
freiwillige Gerichtsbarkeit 250 ff.
fresh start 284
Friedberg Scheer 48
Friedensordnung 7
Fristen 512 f.
Fronbote 43
frustrierte Aufwendungen 1113
Führungslosigkeit 438, 509
Fürsorgepflicht 242 f.
funktionelle Zuständigkeit 307, 458

G
Gantprozeß 44, 46
Garantie 734, 843, 1099, 1110
Gebrauchüberlassung durch Gesellschafter 402, 586, 651, 718, 931, 975, 994, 1157, 1228
Gebühr 206, 1591
Gegenleistung 1041 ff., 1214
Gegenvorstellung 543
Geheimzahl 1117
Geheißerwerb 391, 624
Geldabwicklung 218, 257, 1105, 1109, 1154, 1185 f., 1227, 1253, 1528
Geldbuße 1591, 1635
Geldstrafe 1591, 1635
Gemeinde 288
Gemeinschaft 297, 379, 834, 841, 928, 1208, 1261
gemeinschaftliche Befriedigung 129 ff.
Gemeinschuldner siehe: Schuldner
Genehmigung 878, 918, 899
Generalexekution 41
Genossenschaftsregister 496
gerichtliche Bestätigung 1671 ff.
Gerichtskosten 548 ff., 731
Gerichtsverfassung 14, 47, 49
Gerichtsvollzieher 469
geringstes Gebot 1345
Gesamtgut 36, 151, 164, 295, 404, 426, 430, 461, 849, 1525, 1638
Gesamtheit 379, 1330 ff.
Gesamtschaden (siehe auch: Haftungsbündelung) 361 f., 395, 1333, 1687
Gesamtschuld (siehe auch: Mitverpflichtung) 1066, 1255
Gesamtvollstreckung 10, 1463
Gesamtvollstreckungsverordnung 50
Geschäftsaufsicht 49
Geschäftsbesorgung 1029, 1126, 1131
Geschäftsbücher (siehe auch: Aufzeichnung) 228
Geschäftsfähigkeit 285
Geschäftsführer (siehe auch: Antragspflicht) 438 ff., 1136 f.
Geschäftsstelle siehe: Niederschrift der Geschäftsstelle
Geschäftsunfähigkeit 899
Geschäftsverteilungsplan 237
Gesellschaft 144, 163, 182, 287 ff., 394, 424, 832 ff., 860, 928
Gesellschaft bürgerlichen Rechts 291, 837
Gesellschaft mit beschränkter Haftung 56, 287
Gesellschafter 144, 163
Gesellschafterdarlehen 428, 586, 591, 651, 833, 1055, 1184, 1259
Gesellschafterhaftung (siehe auch: Haftungsbündelung; Mitverpflichtung) 832, 848 f., 1056 ff., 1067 ff., 1596, 1637, 1685

Gesellschafterinsolvenz 394, 835
Gesellschaftersicherheit 586, 651, 1015, 1260
Gesellschaftsanteil 394
Gesellschaftsauflösung 37, 62, 289, 749, 837, 1523, 1607
Gesellschaftsvertrag 1087 f.
gesetzlicher Richter 237
gesetzliches Pfandrecht 635, 1357
Gesetzwidrigkeit 597, 816
gestaltender Teil 1622, 1624
getrennte Veranlagung 901
Gewährträgerhaftung 288, 581
Gewaltmonopol 7 ff., 11, 135
Gewerbebetrieb 379
Gewerbesteuer 733, 889, 1337
Gewerbetreibender 831
Girokonto 392, 599 ff., 1126
Gläubiger (siehe auch: Absonderung, Aussonderung; Insolvenzgläubiger; Masseverbindlichkeit; Neugläubiger) 365
Gläubigerantrag 432 ff.
Gläubigerausschuß 196, 330 ff., 376, 801, 957, 1334, 1453
Gläubigerautonomie siehe: Gläubigerherrschaft
Gläubigerbefriedigung siehe: Befriedigung
Gläubigerbenachteiligung 629 f.
Gläubigergefährdung 592
Gläubigerherrschaft 14, 192, 196 ff.
Gläubigerversammlung 10, 196, 230, 235, 330 ff., 375, 726, 791 ff., 801, 957, 1334, 1613, 1617, 1661 ff.
Gläubigerverzeichnis 936 f., 1205, 1210, 1244
Glaubhaftmachung 224, 675
Gleichbehandlung 24, 26, 38, 176 f., 210 ff., 1199, 1220, 1257, 1273, 1303, 1573, 1577, 1602, 1624
Gleichheitsgrundrecht 18, 173, 757
Globalsicherheit 635
good will 379, 1048
greifbare Gesetzwidrigkeit 547
Gründungstheorie 294
Grundbuch (siehe auch: Publizität; Register) 497, 701 f., 807, 810, 913, 915, 1149, 1335
Grunderwerbsteuer 1337
Grundsätze des Insolvenzverfahrens 191 ff.
Grundschuld 21, 795, 919, 989, 1393
Grundsteuer 733, 889
Grundstück siehe: Immobilie
Gruppen von Gläubigern 265, 1624, 1666 f.
Gütergemeinschaft (siehe auch: fortgesetzte Gütergemeinschaft) 36, 151, 164, 295, 404, 430, 849, 1525, 1638
Gütestelle 831
Gutachter 687, 710, 738, 932, 1205
Gutgläubigkeit 391, 701, 908, 914 ff., 922, 1389
Gutschrift 601 ff.

H
Haft siehe: Erzwingungshaft
Haftpflichtversicherung 32, 277, 381, 1230
Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses 360
Haftung des Gesellschafters 395
Haftung des Verwalters siehe: Haftung von Organen und Organmitgliedern
Haftung von Organen und Organmitgliedern 349 ff., 395, 410, 458, 546, 732, 734, 735, 891, 931, 973, 1056 ff., 1071 ff., 1099, 1103 ff., 1198, 1215, 1251, 1324, 1333 f., 1342 f., 1348, 1589, 1599, 1639, 1687
Haftungsbündelung 62, 361 f., 379, 395, 439, 832, 848 f., 1006, 1056 ff., 1333, 1589, 1596, 1599, 1637 ff., 1685, 1687
Haftungshöchstbetrag 32
»halbstarker« vorläufiger Verwalter 623, 710, 732, 738
Hamburg 43, 48
Handelsregister 496, 498, 807
Handlungsfähigkeit 302
Hauptinsolvenzverfahren 113, 119, 121, 123 ff., 386, 445 ff., 665, 778, 780, 786, 788, 862, 882, 972, 1611
Hauptintervention 980
Haushalt 299, 665
Hausrat 854
Heilpraktiker 1352
Heimfall 890
Hinterlegung 1456
höchstpersönliches Recht 380 f.
Hypothek 846, 1393

I
Idee 379
Immobiliarvollstreckung 29, 62
Immobilie 1328 f., 1332, 1336, 1340, 1345 f., 1363, 1393 ff.
Inbesitznahme 884 ff.
Industriekreditbank 35
informationelle Selbstbestimmung 84, 233, 487 f.
Inkasso 1126
inkongruente Deckung 594, 603 ff., 640 ff.
Inquisitionsmaxime siehe: Amtsermittlung
Interessenmittelpunkt 388
Internet 487 f.
Insolvenz (siehe auch: drohende Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit) 24, 414
Insolvenzbeschlag siehe: Massebeschlag
Insolvenzfähigkeit (siehe auch: Beteiligtenfähigkeit) 284 ff.

Insolvenzforderung siehe: Insolvenzgläubiger
Insolvenzgeld 62, 581, 1221
Insolvenzgericht 307, 366
Insolvenzgläubiger 254 ff., 432 ff., 1633 ff.
Insolvenzgrund siehe: Eröffnungsgrund
»Insolvenz in der Insolvenz« siehe: »Konkurs im Konkurs«
Insolvenzmasse 35, 140, 228, 377 ff.
Insolvenzordnung 51, 68 ff.
Insolvenzplan 10, 38, 52, 113, 133 f., 153, 169, 177, 179 ff., 199, 204, 367, 422, 427, 483, 522, 754, 758, 831, 951 f., 1331, 1526, 1600 ff.
Insolvenzstatistik 83 ff., 503
Insolvenzstraftat 440, 813 ff., 1582, 1589
Insolvenzverfahren 10, 14, 58 ff.
Insolvenzverfahrensteilnahmefähigkeit siehe: Beteiligtenfähigkeit; Insolvenzfähigkeit
Insolvenzvermerk 915, 1335, 1346
Insolvenzverschleppung siehe: Konkursverschleppung
Insolvenzverwalter 309, 368, 789 f., 831, 1613 ff.
instanzielle Zuständigkeit 459
Interessenausgleich 189 f.
Interessenmittelpunkt 446, 453, 463, 748
internationale Zuständigkeit 111 f., 121, 443 ff., 460
Internationales Insolvenzrecht 56 f., 64 ff., 94 ff.
Internationales Privatrecht 100, 1079
Internationales Zivilprozeßrecht 105
Interventionsklage siehe: Drittwiderspruchsklage
Ist-Masse 965, 1005

J
Jahresabschluß 588
juristische Person 287 ff., 424, 438, 832
»Just-in-time« – Lieferung 988
Justizgewährpflicht 11 ff., 47, 135, 215, 239, 690, 830, 1220, 1273
Justizverwaltungsakt 318
Justizverweigerung 17

K
Kanzlei 379
Kapitalanlagegesellschaft 35
kapitalersetzendes Geschäft 264, 402, 428, 586, 591, 651, 833, 975, 1055, 1259
Kaufmann 48, 141, 223, 908
Kaution 993, 1158 ff., 1365
Kirche 288
Klagebefugnis 1062 ff.
Klagehäufung 1066
Klauselerteilungsverfahren 214, 819
Kleininsolvenzverfahren 18, 52, 88, 133, 138, 141, 153 ff., 169, 222, 314, 474, 665, 754 ff., 780
Kleinunternehmer 142 f.
Knebelung 592
Köln 43
körperlicher Gegenstand 379
Körperschaft 287
Körperschaftsteuer 733, 889, 1337
Kommanditgesellschaft 839 f., 1067 f.
Kommanditgesellschaft auf Aktien 836
Kommanditist 1067
Kommission (siehe auch: Einkaufskommission) 391, 624, 1126
Kommunalobligation 35
Kommune 288
Kompetenzkonflikt 461
Komplementär 1067
Kondiktion siehe: Bereicherung
kongruente Deckung 594, 603 ff., 635 ff., 647
konkurrierende Gesetzgebung 16, 69
Konkurs 24
»Konkurs des Konkurses« 50
»Konkurs im Konkurs« 274, 558, 868, 1209, 1225, 1241, 1486 ff.
Konkursfähigkeit siehe: Insolvenzfähigkeit
Konkursordnung 49
Konkursprozeß 44, 46, 48, 251
Konkursquote 1246, 1449
Konkursvermerk siehe: Insolvenzvermerk
Konkursverschleppung 419, 422, 439, 592, 670, 1073 f.
Konkursvertrag 64, 104, 108, 120
Konsignationslager 988
Kontokorrent 600 ff., 626, 992, 1018, 1128 ff., 1170
Konzern 163, 300, 319, 665
Konzernverrechnungsklausel 1169, 1196
Kosten (siehe auch: Teilnahmekosten) 178, 488, 548 ff., 731, 736 ff., 761, 805, 1026 f., 1209, 1211 f., 1219, 1223, 1317 ff., 1419 ff., 1473
Kostenbeitrag 1212, 1336, 1369, 1378, 1379 f., 1390, 1419 ff.
Kostenschätzung 737 ff.
Kostenvorschuß 561 ff., 742, 1255, 1494, 1575, 1582
Kraftfahrzeughaftung 32
Kraftfahrzeugsteuer 733, 889
Krankenkasse 288, 751
Kreditauskunft 85
Kreditinstitut 425
Kreditkarte 1117
Kreditlinie 601
Kreditsicherung 21, 575 ff.
Kreis 288
Krise 420 ff., 438, 598 f.

Kündigung 894, 899, 975, 1030, 1045, 1064, 1081, 1084, 1107 ff., 1156 ff., 1245
Kündigungsschutz 1165 f.
Kummerverfahren 43
Kundenstamm 382, 1352
Kundgabe 479 ff.

L
Landesrecht 16, 71 ff., 178
Landwirtschaftliche Rentenbank 35
Lastschrift 392, 601, 607, 627 f., 704, 901, 1080, 1117
laufende Rechnung siehe: Kontokorrent
laufender Vertrag siehe: schwebendes Geschäft
Leasing 856, 975, 993, 1151
Lebenspartner (siehe auch: Unterhalt) 295 f., 394, 404, 406, 461, 665, 849, 1056, 1076, 1638, 1685
Lebensversicherung 391, 990
Leihe 993
Leihsache 391
Leutehaftung 356
»Limited« 294
Liquidation 133, 149, 168, 170, 185 f., 251, 754, 1600 ff.
Liquidationsgesellschaft 1608
Liquidationsplan 185, 1602
Liquidationsverfahren 113, 140, 152, 203
Lizenz 1341
Lohnsteuer 860
Lösungsklausel 630, 1081 ff.
Löschung 751
Lotterie 383
Lübeck 42
Luftfahrzeugregister 915

M
Mängelhaftung 1119 f., 1215 ff., 1347 ff.
magister bonorum 41
Mahnung 901
Mahnverfahren 9, 22, 66, 221, 251, 553, 1022, 1463
manus iniectio 40
Marke 380
Marktbereinigung 173, 192, 248
Marktwirtschaft 1 f., 135 ff., 173
Masse siehe: Insolvenzmasse
Masseanreicherung 216, 280, 392, 620, 965, 1005 ff., 1056 ff., 1092, 1487, 1495
Massearmut (siehe auch: Abweisung mangels Masse) 54, 193, 353, 556 ff., 682, 779, 1010 f., 1060, 1209, 1484; siehe auch: Masseunzulänglichkeit
Massebereinigung (siehe auch: Aussonderung; Masseanreicherung) 962 ff.
Massebeschlag 140, 198, 248, 380, 781, 802, 850 ff., 874 ff., 876 ff., 962, 1006, 1141, 1145, 1160, 1178, 1471, 1480, 1491, 1497, 1555, 1676
Masseerweiterung siehe: Masseanreicherung
Masseforderung 1178, 1180
Massegläubiger siehe: Masseverbindlichkeit
Massekredit 268
Massesicherung siehe: Sicherungsmaßnahme
Masseunzulänglichkeit 383, 1241, 1484 ff.
Masseverbindlichkeit 273 ff., 417, 545, 730 ff., 737, 851 f., 861, 900, 975, 1101 f., 1106, 1110, 1117, 1122, 1153 f., 1175 ff., 1209 ff., 1234, 1239 ff., 1246, 1317, 1321, 1445 f., 1487 ff., 1496, 1574, 1580
Masseverzeichnis 934 f.
Maßregel 815
materielle Rechtskraft 527 f., 541
mehraktiger Erwerb 708
Menschenwürde 198
Miete 962, 971, 973, 975, 993, 1030, 1088, 1151, 1246
Mieteinkünfte 781, 1140
Mietkaution siehe: Kaution
Mietsache 391, 975
missio in bona 41
Miteigentum siehe Bruchteilseigentum
Mitteilung 480 ff., 502, 727, 751, 808, 810, 812
Mittelalter 42
Mittelpunkt selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit 460
Mitverpflichtung (siehe auch: Bürge; Gesamtschuld; Gesellschafterhaftung) 137, 163, 1253, 1255 f., 1596, 1684 ff.
Mitwirkungspflicht des Schuldners (siehe auch: Auskunft) 227, 687, 698, 802, 855
Mobilie 1363 ff., 1398 ff.
modifizierte Freigabe 407, 1379
Moratorium 45, 49, 171
mosaische Gesetze 40
Motivationsrabatt 1572
Mündlichkeit 229 ff.

N
Nacherfüllung 1119 f.
Nachforderung 1279, 1478, 1520 ff., 1602
Nachlaß 36, 151, 164, 295, 404, 426, 430, 438, 461, 753, 780, 844, 1465, 1524
Nachlaßverwaltung 36, 753
Nachrang (siehe auch: Rang) 38, 178, 206, 213, 264, 433, 552 ff., 651, 680, 794, 833, 1055, 1110, 1184, 1257 ff., 1318, 1448 ff., 1530, 1634, 1653, 1690
Nachschuß 1068
Nachtragsverteilung 1456, 1464, 1469 ff., 1491, 1499, 1505, 1509 f., 1517 ff., 1528, 1689
nahestehende Personen 634

Name 380, 1351
Nationalsozialismus 53
natürliche Person 143, 153, 198, 285 f., 383, 401 f., 438, 853, 861, 1464, 1523
Naturalobligation 1587
Nebenfolgen 1591
negatives Interesse 353, 439
Neuerwerb 378, 383, 739, 859 f., 898, 900, 1464, 1472, 1537, 1581
Neugläubiger 212, 216, 276 f., 1159, 1161, 1172 f., 1180, 1206, 1225, 1235, 1242, 1522, 1538 f., 1580, 1653
Neukredit 900
Neumassegläubiger 1488
Neuzeit 44
Nichteröffnung mangels Masse siehe: Abweisung mangels Masse
Nichtteilnahme eines Gläubigers 514 ff., 770, 1576
Niederlassung 449, 456
Niederlassungsfreiheit 294
Niederlegung beim Insolvenzgericht 499, 1269
Niederschrift der Geschäftsstelle 473, 475 ff.
Nießbrauch 962, 1345
Normalverfahren siehe: Regelverfahren
Notar 338, 831
notarielle Urkunde 1300
Notfristen 512 f.,
Notgeschäftsführung 1214
Nürnberg 44
Null-Plan 759, 766
Nutzungsausgleich siehe: Verwertungsaufschub
Nutzungsrecht 380, 1341

O
objektive Bedingung der Strafbarkeit 814
Obstruktionsverbot 1668
öffentliche Bekanntmachung 233, 486 ff., 806, 810, 1475, 1481, 1485, 1493, 1498, 1504, 1508, 1510, 1582, 1593, 1672, 1674
öffentliche Versteigerung siehe: Versteigerung
örtliche Zuständigkeit 460
offene Handelsgesellschaft 291, 297, 839 f., 1067
Offenlegung 588
Öffentlichkeit 233 ff., 479 ff.
Offenbarungseid 30
Offenkundigkeit 226
Offizialbetrieb siehe: Amtsbetrieb
Offizialmaxime 20, 23, 192 f.
Option 901
ordentliche Gerichtsbarkeit 14, 1022
Ordnungsgeld 1591, 1635
Ordnungswidrigkeit 813
ordre public 114, 447
Organe 253, 291, 306 ff.

P
Pacht 1088, 1151
pactum de non petendo 591
par condicio creditorum 24, 210
Parallelverfahren 127
Partei kraft Amtes 308, 705, 879, 1022, 1236, 1290, 1306, 1650
Parteibetrieb 195
Parteivernehmung 226
Parteiverrat 319, 1063, 1264
Parteiwechsel 818, 1065
Partikularverfahren siehe: Territorialverfahren
Partnerschaftsgesellschaft 292
Partnerschaftsregister 496
Patientenkartei 382
Patronatserklärung 843
Pensionssicherungsverein 581
persönliche Dienstbarkeit 381
Persönlichkeitsrecht 233, 380, 688, 876, 1350 ff.
Personal siehe: Arbeitnehmer
Personalentwicklungsgesellschaft 172
Personalexekution 40, 42
Personalsicherheit (siehe auch: Bürge; Mitverpflichtung) 842 ff.
Personengesellschaft 291 ff., 438, 832, 836, 1067 ff.
Petition 544
Pfändung 27, 28, 1558
Pfändbarkeit 207, 248, 396 ff., 704, 853 ff., 876, 965, 1160, 1178, 1180, 1203, 1206
Pfändungspfandrecht 1355
Pfandbrief 35
Pfandrecht 846, 1365; siehe auch: gesetzliches Pfandrecht; Vermieterpfandrecht
Pflichtteil 383
Photographie 380
Planauftrag 1617
Poolvertrag (siehe auch: Sicherheiten-Pool) 365
Postsperre 696, 719
Postulationsfähigkeit 303
Präklusion 1300
Prätendentenstreit 980
Prätor 41
Praxis 379
Pressemitteilung 236, 489, 809
Preußen 46 f.
Priorität 460, 464, 466 f.
Privatautonomie 9 f., 169 ff.
Produkthaftung 32
Prolongation 591
Protokoll der Geschäftsstelle siehe: Niederschrift der Geschäftsstelle

Prozeßführungsbefugnis siehe: Klagebefugnis; Prozeßstandschaft
Prozeßkostenhilfe 305, 308, 570, 901
Prozeßstandschaft 1024, 1650
Prozeßvergleich 1610
Prüfungstermin 221, 223, 334, 518, 791 ff., 825, 944 ff., 1025, 1077, 1252, 1265, 1269, 1271, 1451, 1529, 1662 ff.
Publizität 31, 707, 727 ff., 1454, 1481, 1485, 1493, 1498, 1504, 1508, 1510, 1582 f., 1593, 1672, 1674

Q
Qualifizierungsgesellschaft 172
Quotenschaden 439

R
Rahmenvertrag 1088, 1094
Rang (siehe auch: Nachrang) 264, 274, 276, 428, 868, 1208, 1278, 1345, 1373, 1448, 1653
Rangrücktrittsvereinbarung 428
Ratenlieferungsvertrag 1094
Rating 583
Realexekution 41, 42
Rechenschaft des Verwalters (siehe auch: Aufzeichnung; Zwischenrechnungslegung) 328 f., 1479
rechtliches Gehör 13, 239 ff., 504 ff., 543, 547, 723 ff., 1282
Rechtsanwalt 318, 338 f., 831, 1063, 1126, 1264
Rechtsbehelf 529 ff.
Rechtsbeschwerde 512, 537 f.
Rechtskraft 525 ff.
Rechtsordnung 1 ff.,
Rechtspfleger 237, 252, 307, 366, 468 ff., 861
Rechtspflegererinnerung siehe: Erinnerung
Rechtsschutz 2 ff., 23 ff., 252
Rechtsschutzbedürfnis 214, 216, 276, 679 ff., 784, 1065, 1487, 1529
Rechtsstaat 12, 252
Rechtsweg 1022
Refinanzierungsregister 989
Regelverfahren 141 ff., 155 ff., 780
Register 233, 388, 495 ff., 674, 727 ff., 807, 810, 915
Reichsjustizgesetze 49
Reichspolizeiordnung 45
Reintegration siehe: Wiedereingliederung in den Markt
relatives Verfügungsverbot 911 f.
Reorganisation 182
Restschuldbefreiung (siehe auch: Versagung der Restschuldbefreiung) 18, 51, 53 f., 114, 129, 136 f., 146, 168, 227, 422, 427, 490, 571, 736, 743 ff., 1243, 1252, 1278, 1540, 1586 ff., 1636, 1675
Restschuldbefreiungsverfahren 149, 153, 216, 276, 521, 550, 559, 754, 1141, 1240, 1270, 1279, 1287, 1468, 1470, 1478, 1491 f., 1532, 1538
Revision 1297
Rezeption römischen Rechts 42
Rheinisches Recht 48
Richter 307, 366, 468 ff., 831
Rom 40 ff.
Rückbehalt 1244, 1254, 1263, 1271, 1285, 1315 f., 1374, 1452, 1456 ff., 1471
Rückholrecht 470
Rückgewährschuldverhältnis 1115 f.
Rücknahme 192, 684 f., 752, 782
Rücknahmefiktion 768
Rückschlagsperre 23, 211, 392, 434, 614 ff., 671, 895, 913, 1189, 1355
Rücktritt 733, 899, 1045, 1052, 1064, 1081, 1107 ff., 1110, 1156, 1163, 1245, 1688
rügelose Einlassung 477
ruhendes Eröffnungsverfahren 762 ff., 779
Rundfunkanstalt 288

S
Sachgesamtheit siehe: Gesamtheit
sachliche Zuständigkeit 307, 458
Sachmangel 1119 f.
Sachsicherheit siehe: Absonderung
Sachverständiger 226, 687, 710, 738, 932
Sachwalter 312, 370, 789 f., 888, 1009, 1090, 1250, 1292, 1371, 1617
Säumnis 221, 512, 514
Sanierung (siehe auch: übertragende Sanierung) 133 f., 170 ff., 179 ff., 248, 589 ff., 732, 739, 933, 1602 ff.
Sanierungsgewinn 1609
Sanierungsplan 1602
Schadensersatz siehe: Antragspflicht; Haftung von Organen und Organmitgliedern
Schadensersatz statt der Leistung 1105
Schadensersatzanspruch 1163
Scheck 601, 1117
Scheinauslandsgründung 294
Schenkung 383, 630, 649
Schiedsverfahren 9
Schiffahrtsrechtliches Verteilungsverfahren 34
Schiffsregister 915
Schlichtungsversuch 18, 761, 831
Schlußrechnung 949 f.
Schlußtermin 334, 949 f., 1453, 1463, 1464, 1469, 1479, 1537, 1541
Schlußverteilung 389, 949, 1348, 1374, 1441 ff., 1456, 1464 ff., 1469, 1479
Schlußverzeichnis 1469, 1479
schriftliches Verfahren 229 ff., 935, 941, 945, 1007, 1273
Schriftlichkeit 473 ff.

Schuldanerkenntnis 754
Schuldenbereinigungsplan 147, 199, 204, 367, 481, 485, 768 ff., 831
Schuldenbereinigungsversuch 52, 133, 138, 147 ff., 169 ff., 177 f., 200, 422, 427, 515, 665, 754 ff., 779, 1600
Schuldknechtschaft 40, 53
Schuldner 25, 254 ff., 364
Schuldnerantrag siehe: Eigenantrag
Schuldnerberatungsstelle 148, 177 f., 305, 337 f., 474, 756
Schuldnerherrschaft 196 ff.
Schuldnerverzeichnis 31, 233, 501, 747, 808, 1498
Schuldnerverzug (siehe auch: Zahlungsverzug) 553, 733, 761
Schuldübernahme 1394
Schuldverschreibung 35
Schutzgesetz 816
»schwacher« vorläufiger Verwalter 623, 710, 732, 738
schwebendes Geschäft 417, 433, 781, 902, 907, 913, 975, 993, 1006, 1028 ff., 1077 ff., 1193, 1198, 1212, 1221, 1232, 1245 f., 1251, 1407, 1574
Sekundärinsolvenzverfahren 119, 122, 128, 317, 413, 431, 448 ff.
Selbstbehalt 1538, 1572
Selbsthilfeverbot 2
Sequester 700
Sicherheiten-Pool 584, 1360
Sicherungsabtretung (siehe auch: Absonderung) 655, 721, 727, 904 ff., 989, 1261, 1368 ff., 1400, 1405
Sicherungsgeschäft 1095 ff., 1144, 1155
Sicherungsgut 697, 718, 721, 852, 962 ff.
Sicherungsmaßnahme 192, 220, 384 f., 412, 469, 688 ff., 750 f., 1183
Sicherungsnehmer (siehe auch: Absonderung)
Sicherungsübereignung (siehe auch: Absonderung) 21, 391, 721, 983, 985 f., 1061, 1246, 1365 f., 1399 ff.
Sicherungsübertragung 27
Sicherungsvermögen 35
Sicherungsvertrag 640, 1095 ff.
Sittenwidrigkeit 137, 163, 592, 597, 816, 899, 1083
Sitz 446, 460
Sitztheorie 294
sofortige Beschwerde siehe: Beschwerde
Soldat 831
Soll-Masse 965, 1005
Sonderinsolvenzverwalter 317, 362
Sonderkonto 1049
Sondermasse 33 ff., 1069
Sonderverfahren 151
Sorgfalt 891, 973
Sozialhilfe 863
Sozialplan 189 f.,808, 1166, 1209, 1222, 1240
Sozialstaat 18
Sozialversicherung 206, 812
Sparkasse 288
Spedition 1126
Spekulationsfrist 1337
Spezialexekution 41
Spezialitätsgrundsatz 1330
Spruchrichterprivileg 252, 350
Staateninsolvenz 56
Staatsamt 831
Staatsanwaltschaft 751, 808, 812 f.
Staatshaftung 252, 350
Staatskasse 571 f., 731, 1243, 1473, 1574
»starker« vorläufiger Verwalter 316, 623, 700 ff., 732 ff., 738, 1122, 1213, 1325, 1555
Statistik 83 ff., 503
Statut 111, 121
Steuer 206, 211, 733, 812 f., 889, 1337, 1591, 1635
Steuerberater 318, 813
Steuererstattung 209, 860
Steuerordnungswidrigkeit 813
Steuerstraftat 813
Stiftung 287
stille Gesellschaft 652
stiller Gesellschafter 1259
stille Reserve 889, 1337
Stillhalteabkommen 591
Stimmrecht 331
Strafverfahren 812 ff.
streitige Insolvenzforderung siehe: bestrittene Insolvenzforderung
Streitverkündung 980
Strengbeweis 226
Stundung 419, 591, 754, 1064
Stundung der Kosten 54, 227, 305, 560, 561, 568 ff., 743, 779, 1243, 1473, 1494, 1511 ff., 1543, 1565, 1574, 1575, 1582, 1593 f., 1675
Subunternehmer 1105
Sukzessivlieferungsvertrag 1094
Surrogat 903 ff., 997 ff., 1104, 1108, 1387
Systemrelevanz 172

T

Tabelle 518, 944 ff., 1244, 1250 ff., 1269 f., 1287 f., 1303, 1314 ff., 1478, 1491, 1529 ff., 1532, 1597 f., 1583
Tätigkeitsort 450
Tagebuch 380
Tagessaldo 607
Tageszeitung 487
Tatsachenermittlung 225 f.
Teilanfechtung 1016, 1037
teilbare Leistung 1092 ff., 1221
Teileigentum 297, 379, 841

Teilerlaß siehe Erlaß
Teilnahmekosten 178, 551 ff., 1223
Teilungsmasse 1321
Teilungsplan 28
Teilurteil 221
Telefaksimile 474, 1252
Termine 512 f.
Territorialprinzip 123
Territorialverfahren 113 f., 119, 121, 123 ff., 208, 286, 387 f., 449 ff., 665, 778, 780, 862, 882, 1612
Titel siehe: Vollstreckungstitel
Titelumschreibung 1536
titulierte Insolvenzforderung 1274, 1294, 1299 ff., 1458
Tod des Schuldners 1465, 1515
Tonaufzeichnung 380
Trennung mehrerer Verfahren 163 ff.
Treugut 624, 964, 985
Treuhänder 313 ff., 371 ff., 789 f., 1547 ff., 1563 f.

U
Übereignung 272
Überlassung an den Absonderungsgläubiger 409, 1379 ff.
Überschaubarkeit der Vermögensverhältnisse 143
Überschuldung 414, 417, 419, 423 ff., 567
Überschuldungsbilanz 428
Überschuß 403, 1225, 1466 f.
übertragende Sanierung 183, 1604
Überwachung der Planerfüllung 775, 1651 f., 1682, 1689 f.
Überwachung des Insolvenzplans 227
Überweisung 601, 608, 1127, 1174
Überweisungsauftrag 1127
Überziehungskredit 601
Umsatzsteuer 889, 1091, 1337, 1379 f., 1390, 1432 ff.
UNCITRAL-Modellgesetz 57
unentgeltliche Leistung 649
unerlaubte Handlung 1293, 1589
ungerechtfertigte Bereicherung siehe: Bereicherung
Universalitätsprinzip 123 f., 207 ff., 386
Universalverfahren siehe: Hauptinsolvenzverfahren
unkörperlicher Gegenstand 379
unmittelbar benachteiligende Rechtshandlung 648
Unmittelbarkeit 238
Unmöglichkeit 1105
Unpfändbarkeit siehe: Pfändbarkeit
Unterbrechung 62, 214, 281, 385, 705, 764, 818 ff., 897, 901, 1022 f., 1297, 1529
Unterhalt 248, 277, 438, 649, 861 ff., 869 ff., 1225, 1248
Unternehmenserhalt siehe: Sanierung
Unternehmensfortführung siehe: Sanierung
Unternehmensregister 498, 807
Unternehmensstillegung siehe: Betriebsstillegung
Unternehmensveräußerung siehe: Betriebsübergang
Unternehmer 143, 285
Unterscheidbarkeit der Gegenleistung 1049 ff., 1214
Unterwerfungsklausel 1300
Untreue 813
Unzumutbarkeit 1105
Urheberrecht 380
Urkunde 226
Urkundenprozeß 22, 221
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle 540

V
venditio bonorum 41
Veräußerungsgewinn 1337
Veräußerungsklausel 903 f.
Verarbeitung 920
Verarbeitungsklausel 903 f.
Verbindung 665, 777, 920, 1058, 1065
Verbindung mehrerer Verfahren 163 ff., 299, 665
Verbrauch 931
Verbraucher 142 f., 144, 285
Verbrauchsgüterkauf 1217 f., 1347
Verbreitung 380
Vereinsregister 496
Verfahrensgrundsätze siehe: Grundsätze des Insolvenzverfahrens
Verfahrenskosten siehe: Kosten
Verfahrensziele siehe: Ziele des Insolvenzverfahrens
Verfallsklausel 770, 775
Verfassungsbeschwerde 544
Verfügungsbeschränkung 696 ff.
Verfügungsgewalt siehe: Massebeschlag; »starker« vorläufiger Insolvenzverwalter
Verfügungsgrundsatz siehe: Dispositionsmaxime
Vergleich (siehe auch: Akkord; Zwangsvergleich) 9, 48, 769, 1610
Vergleich zur Abwendung des Konkurses 49
Vergleichsordnung 49
Vergütung 340 ff., 548 ff., 731, 750, 1575, 1582
Verhandlungsmaxime siehe: Beibringungsgrundsatz
Verjährung 670, 705, 763, 817, 827, 1017, 1021, 1030, 1265
verlängerter Eigentumsvorbehalt 903 f.
Vermächtnis 383
Vermieterpfandrecht 256, 622, 635
Vermischung 920

Vermögen 450, 456
Vermögenserfassung (siehe auch: Massebeschlag) 874 ff.
Vermögenspflege siehe: Bewirtschaftung
Vermögenssichtung 30, 225, 932 ff.
Vermögensübersicht 938 f.
Vermögensvermischung 1071
Vermögensverzeichnis 30
Verpfändung 1365
Versagung der Restschuldbefreiung 438, 559 f., 1541, 1562 ff.
Versicherung 1084, 1142
verspätete Anmeldung 1273, 1277
Versteigerung 1333, 1341, 1409
Verteilungsverzeichnis 534, 947 f., 1244, 1263, 1271, 1454 ff., 1462 ff.
Vertrag zugunsten Dritter 990
Vertragshändlervertrag 1088
Vertragshilfe 53
Vertragsverletzung 891
Vertrauensschaden siehe: negatives Interesse
Vervielfältigung 380
Verwalter 308 ff.
Verwalterbestellung siehe: Bestellung des Verwalters
Verwaltungsakt 901
Verwaltungsvollstreckung 211
Verweisung 478
Verwertung 10, 378, 714 ff., 796, 852, 930 ff., 1103, 1214, 1321 ff., 1440, 1495
Verwertungsaufschub 212, 696 f., 718, 721, 762, 891, 930, 1103, 1214, 1229, 1323, 1327, 1342 ff., 1412 f., 1620 f., 1658 f.
Verwertungskosten 1369, 1379 f., 1390, 1419 ff.
Verwertungsrecht siehe: Absonderung; Verwertung
Verwertungsreife (siehe auch: Fälligkeit) 1231 ff., 1372 ff., 1383 ff.
Verzugszinsen 1463
Vindikation 971, 982 ff.
Vinkulierung 928
Vollmacht 390, 902 ff., 1132 ff.
Vollstreckungsabwehrklage 1065, 1289, 1297, 1300, 1455, 1533 f.
Vollstreckungsklausel 1532 ff.
Vollstreckungsschutz 884
Vollstreckungssperre (siehe auch: Exklusivität der Gesamtvollstreckung) 211, 696 f., 718, 725, 762, 781, 870, 895, 906, 923, 1279, 1354 f., 1487, 1496, 1532, 1538, 1573
Vollstreckungstitel 9, 22, 612, 1065, 1245, 1274, 1287, 1291, 1303, 1532 ff., 1683
Vollstreckungsvereitelung 813
Vorausabtretung 383, 640, 708, 781, 905, 1029, 1128, 1138 ff., 1200, 1538, 1547 ff.
Vorausklage 842, 847
vorbeugende Leistungsklage 979
Vordruck 474, 484, 667 f., 678, 755
Vorfälligkeit siehe: Abzinsung
Vor-GmbH 290
Vorkaufsrecht 912, 1143, 1345
vorläufige Maßnahme siehe: Sicherungsmaßnahme
vorläufiger Eigenverwalter 316
vorläufiger Insolvenzverwalter 316, 374, 697 ff., 1205
vorläufiger Sachwalter 316
vorläufiger Treuhänder 316
Vormerkung 916, 922, 1145
Vormund 831
Vorpfändung 8
vorsätzliche Benachteiligung 650
Vorschuß auf die Kosten siehe: Kostenvorschuß
Vorstand (siehe auch: Antragspflicht) 438 ff.
Vorzugsklage 27, 268, 578
Vorzugsrecht 47

W
Währungsreform 53
Waffengleichheit 243
Wahlrecht 1029, 1087 ff., 1184, 1193, 1489
Wegfall der Geschäftsgrundlage 1688
Weiterverarbeitung 902 ff.
Werbeagentur 1126
Werkvertrag 1087
Werthaltigmachen einer Forderung 635, 1139
Wertpapierdepot 35
Wertsteigerung 931
Wertverlust 931, 1103, 1343, 1412, 1659
Wettbewerbsverzerrung 173, 288
Wettlauf 1, 15, 19, 20 ff., 132, 135, 215, 274, 395, 434, 753, 783, 1060, 1241, 1303
Widerruf 392, 899, 1078
Widerspruch (siehe auch: bestrittene Insolvenzforderung; Rückbehalt) 1273 f., 1279, 1281 ff., 1292 ff., 1529
Widerspruch gegen Lastschriftbuchung siehe: Lastschrift
Wiederaufleben 1654, 1688 ff.
Wiederauflebensklausel 770, 775
Wiederaufnahme 1289, 1297
Wiedereingliederung in den Markt 136 ff., 248
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 512, 1280
wiederkehrende Leistungen 1253
Wiederkehrschuldverhältnis 1094
Willkürverbot 243
Wirtschaftsauskunft 85
Wirtschaftsprüfer 318, 813
Wohlverhaltensperiode 831, 1141, 1566 ff.
Wohnraummiete 1159 ff.
Wohnsitz 460 f.

Wohnungseigentum 297, 379, 841

Z
Zahlungsaufschub siehe: Moratorium
Zahlungseinstellung 417 f.
Zahlungsstockung 417
Zahlungsunfähigkeit 44, 414 ff., 567
Zahlungsauftrag 1127, 1174
Zahlungsverzug (siehe auch: Schuldnerverzug) 418, 1110, 1161
Zeitpunktliquidität 417
Zeitung siehe: Tageszeitung
Zeitraumliquidität 417
Zerschlagung siehe: Liquidation
Zerschlagungswert 428, 739
Zession siehe: Abtretung
Zeuge 226
Ziele des Insolvenzverfahrens 129 ff., 248 f.
Zielkonflikte 139
Zinsen (siehe auch: Verwertungsaufschub) 722, 931, 1103, 1110, 1214, 1229, 1258, 1343 f., 1412 ff., 1659
Zivilprozeßrecht 245 ff.
Zubehör 919, 1328
Zugewinnausgleich 383, 405
Zurückbehaltung siehe: Rückbehalt
Zurückbehaltungsrecht 418
Zusammenveranlagung 901
Zuständigkeit (siehe auch: funktionelle Zuständigkeit, instanzielle Zuständigkeit, internationale Zuständigkeit, örtliche Zuständigkeit, sachliche Zuständigkeit) 105, 237, 307, 442 ff.
Zustellung 480 ff., 727, 803 ff.
Zustimmung 901
Zustimmungsersetzung 766
Zustimmungsvorbehalt 706 f.
Zwangsgeld 1591, 1635
Zwangsmaßnahme 469
Zwangsvergleich 49
Zwangsversteigerung 1332 f., 1340 f., 1395 ff.
Zwangsverwaltung 931, 1228, 1340 f., 1395 ff.
Zwangsvollstreckung 9, 14, 22, 275, 276, 521, 612 ff., 696 f., 718, 869 ff., 895 f., 911, 923, 1236 ff., 1279, 1287, 1319, 1409, 1468, 1487, 1491, 1496, 1532 ff., 1580, 1683
Zweitverfahren 216, 277, 666, 1539, 1579 ff; siehe auch: Neugläubiger, Sekundärinsolvenzverfahren
Zwischenrechnungslegung (siehe auch: Rechenschaft des Verwalters) 957
Zwischenurteil 830
Zwischenzins siehe: Abzinsung
Zwölftafeln 40

Aus dem Inhalt

In anschaulicher und verständlicher Form werden in diesem Buch sowohl grundsätzliche Fragen des Insolvenzrechts als auch der Ablauf des Insolvenzverfahrens erläutert. Das Lehrbuch wendet sich einerseits an Leser, die sich im Studium, im juristischen Vorbereitungsdienst oder im Beruf erstmals mit dem Insolvenzgeschehen vertraut machen. Die Herstellung von Verbindungen innerhalb des Verfahrens und in andere Rechtsgebiete werden andererseits diejenigen schätzen, die bereits intensiver mit dem Insolvenzrecht in Berührung gekommen sind. Die Gliederung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil dient der Übersichtlichkeit der Darstellung; verschiedene Schriftgrößen leiten den Leser durch Hauptgedanken und Details. Die neueste Rechtsprechung und Gesetzgebung, insbesondere das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, ist eingearbeitet.

Der Autor

Dr. Christoph Becker ist Professor an der Universität Augsburg.

ISBN: 978-3-452-27141-9

9 783452 271419 € 25,80

www.wolterskluwer.de